

Rafael Viera Arévalo^(*)

La oposición y levantamiento de la medida cautelar

1. Introducción

Ciertamente la tutela cautelar es una de las principales manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva porque garantiza que la pretensión que finalmente es amparada por el órgano jurisdiccional sea efectivamente cumplida, es decir, tenga una aplicación práctica en la realidad. Además, protege que la prosecución del proceso no haya sido en vano, que el tiempo del transcurso natural del proceso no afecte la efectividad de la sentencia que ampare la demanda y, de esta manera, se otorgue efectivamente la tutela esperada.

La tutela cautelar está considerada como una forma de tutela urgente preventiva no satisfactiva⁽¹⁾ porque: (i) es necesario su otorgamiento inmediato dado que, de no hacerlo, la futura pretensión que se ampare sufre el riesgo de ser ineficaz; (ii) sirve para prevenir que la futura pretensión sea efectiva evitando que el proceso se desarrolle innecesariamente; y, (iii) no es un fin en sí mismo, no busca la satisfacción del derecho, depende del proceso principal (que es satisfactivo) y sirve de instrumento de eficacia de éste. Tan importante es la tutela cautelar que hay autores⁽²⁾ que consideran que es un derecho fundamental.

Definitivamente, el órgano jurisdiccional debe otorgar la medida cautelar cuando se cumplan con los siguientes presupuestos cautelares para su concesión⁽³⁾: verosimilitud o apariencia del derecho, peligro en la demora

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional por la misma casa de Estudios. Profesor Adjunto de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Lima. Asociado de Miranda & Amado Abogados.

(1) Cfr. MONROY PALACIOS, Juan José. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra, 2004. pp. 64-70 y CAIRO ROLDÁN, Omar. *Justicia Constitucional y proceso de amparo*. Lima: Palestra, 2004; pp. 174-179.

(2) Al respecto, Priori Posada considera que los derechos constitucionales son derechos fundamentales y si el derecho a la tutela judicial efectiva es constitucional, la tutela cautelar también lo es por ser una manifestación de éste. (Sobre la posición que identifica a la Tutela Cautelar como Derecho fundamental, véase, PRIORI POSADA, Giovanni. *Tutela Cautelar, su configuración como Derecho Fundamental*. Lima: Ara, 2006).

Por su lado, Solozábal considera que: *Los derechos fundamentales reconocen facultades referentes a ámbitos vitales del individuo en su propia libertad, relaciones sociales o participación política, imprescindibles para su desarrollo como persona y derivados de su propia dignidad de tal* (SOLOZÁBAL ECHEVERRÍA, Juan José. *Algunas cuestiones básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales*. En: Estudios Políticos. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. pp. 87 y 88).

(3) Armando Rivas, siguiendo lo dispuesto por el Código Procesal Civil (en adelante, CPC), indica que los presupuestos cautelares son tres: a) verosimilitud del derecho; b) peligro en la demora; c) otros motivos justificantes. (ARMANDO RIVAS,

La oposición y levantamiento de la medida cautelar

y adecuación; además, de ejecutarla cuando se otorgue una caución real o personal adecuada. No obstante, no debe concederla si faltare alguno de los primeros, o ejecutarla si falta el segundo, o eliminarla, levantarla, cancelarla o dejarla sin efecto si en el transcurso de proceso desaparece alguno de los presupuestos cautelares o advierte que se incurrió en error al considerar que algunos de los requisitos se cumplían cuando no era así.

Una forma de extinción de la medida cautelar es la oposición, que ha sido incorporada por la Ley 29384, publicada el 28 junio de 2009; que modificó el artículo 637 del Código Procesal Civil regulando esta institución procesal dirigida a dejar sin efecto la medida cautelar concedida. El presente trabajo tiene por finalidad desarrollar dicha regulación y tener elementos adicionales de análisis al momento de utilizarla. Además, desarollaremos el levantamiento de la medida cautelar, institución no regulada en el Código Procesal Civil como tal pero de la que, consideramos, su uso es viable aplicando los principios procesales en función de la característica de la provisoriedad de la medida cautelar.

2. La oposición de la medida cautelar

2.1. Naturaleza Jurídica

La Ley 29384, publicada el 28 junio de 2009, modificó el artículo 637 del Código Procesal Civil (en adelante, CPC) con el siguiente texto:

"La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar.

Adolfo. *Las medidas cautelares en el Derecho Peruano*. Lima: Jurista, 2005; pp. 39). Sin embargo, para Juan José Monroy Palacios, los presupuestos para la concesión de la medida cautelar son: *i) verosimilitud del derecho invocado, ii) peligro en la demora y iii) adecuación; siendo la contracautela o caución un presupuesto para la ejecución de la medida cautelar*. (Cfr. MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Comunidad, 2002, pp. 167-205).

En lo particular, esta última posición me parece más acertada porque el requisito de otros motivos justificantes, si bien está indicado en el CPC, es bastante subjetivo e impreciso y no constituye en estricto un requisito que el solicitante deba cumplir y el juez observar, sino una apreciación subjetiva que deba realizar el juez al caso concreto.

(4) "Se entiende por oposición del demandado el acto de voluntad de éste que manifiesta de alguna manera su resistencia a la pretensión del demandante y del sindicado o imputado para manifestar su resistencia a la pretensión punitiva que contra él se ha formulado, proponiendo defensas de cualquier naturaleza, en busca de una resolución que le sea favorable". (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Tomo I. Buenos Aires: Universidad. p. 250).

En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial. Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida. De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo".

De la redacción de la norma no queda clara la naturaleza jurídica de la *oposición de la medida cautelar*, es decir, definitivamente es un mecanismo de defensa del afectado con la medida cautelar porque rechaza la pretensión cautelar⁽⁴⁾ y su otorgamiento, pero no se indica con precisión si es un medio impugnatorio, un recurso, un remedio, un acto procesal nuevo y propio para cuestionar la medida cautelar, una especie de cuestión probatoria en sede cautelar o una especie de contradicción. Conocer su naturaleza jurídica es importante porque es a partir de allí que sabremos los principios y derechos que inspiran a esta institución procesal, los requisitos que requieren para su procedencia, las causales, hechos, tipos de afectaciones

Rafael Viera Arévalo

(materiales y/o procesales) que se pueden alegar y, en virtud de ello, podremos utilizarla con precisión, conociendo qué ataca, hasta donde podemos usarla, para qué sirve y su ámbito de aplicación.

Pues bien, de manera general, se trata de un medio impugnatorio porque tiene por finalidad cuestionar o atacar un acto procesal concreto, en este caso la medida cautelar desde el inicio con la solicitud cautelar hasta su final otorgamiento. Lo que busca es que se deje sin efecto, se elimine del ordenamiento, deje de producir efectos jurídicos contra el afectado con la medida cautelar. Este es el espíritu de la norma contenida en el artículo 355 del CPC que establece: "Mediante los medios impugnatorios las partes o terceros legitimados solicitan que se anule o revoque, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado por vicio o error".

En este orden de ideas, Monroy Gálvez define a los medios impugnatorios como: "El instrumento que la ley les concede a las partes o a terceros legitimados para que soliciten al juez que, el mismo u otro de jerarquía superior, realicen un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin de que se anule revoque éste, total o parcialmente"⁽⁵⁾.

Ahora bien, los medios impugnatorios, como actos procesales que sirven para atacar otro acto procesal con la finalidad de conseguir su anulación, rescisión o revocación, han venido siendo clasificados tradicionalmente en remedios y recursos. Los remedios son medios impugnatorios dirigidos a cuestionar actos procesales no contenidos en resoluciones, mientras que los recursos sirven para atacar y cuestionar la propia resolución judicial. Al menos, en estos términos están regulados en el artículo 356 del CPC que señala: "Los remedios pueden formularse por quien se considere agraviado por actos procesales no contenidos en resoluciones. La oposición y los demás remedios sólo se interponen en los casos expresamente previstos en este Código y dentro de tercer día de conocido el agravio, salvo disposición legal distinta.

Los recursos pueden formularse por quien se considere agraviado con una resolución o parte de ella, para que luego de un nuevo examen de ésta, se subsane el vicio o error alegado".

De esa manera, los remedios típicos son la nulidad, la oposición (a un medio probatorio), la tacha y cualquier otra cuestión probatoria, y con ellos se ataca el acto procesal distinto a la resolución judicial, como el acto de notificación inválido, el documento falso, al testigo impedido por ley para declarar, etc. Por su lado, los recursos tipificados en el CPC son cuatro: reposición, apelación, queja y casación, los cuales proceden contra todo tipo de resolución judicial: decretos, autos y sentencias; y la elección de qué medio impugnatorio se va a utilizar depende del acto procesal que se impugne⁽⁶⁾.

Sin embargo, esta distinción no era del todo precisa porque el mismo CPC establecía supuestos de nulidad de la resolución judicial como el vicio en la motivación, la sentencia expedida por un juez recusado sin haber resuelto previamente la recusación, de la sentencia expedida por un juez distinto al que llevó a cabo la audiencia de pruebas, en fin. Incluso, la nulidad de resoluciones expedidas vulnerando el debido proceso como aquel emitido sin haberse corrido traslado previo a la contraparte en los casos que corresponda, evitándose que la resolución correspondiente alcance su finalidad. Entonces, ¿qué medio impugnatorio es adecuado para atacar el error de hecho o derecho o el vicio procesal? ¿El remedio o el recurso?

-
- (5) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Los Medios Impugnatorios en el Código Procesal Civil*. En: *La Formación del Proceso Civil Peruano*. Community, Lima, 2010; p. 248.
- (6) Código Procesal Civil
Artículo 358.- Requisitos de procedencia de los medios impugnatorios.-
El impugnante fundamentará su pedido en el acto procesal en que lo interpone, precisando el agravio y el vicio o error que lo motiva. El impugnante debe adecuar el medio que utiliza al acto procesal que impugna.

La oposición y levantamiento de la medida cautelar

Si se trata de un vicio de nulidad de la resolución judicial, el remedio adecuado debería ser la nulidad pura, simple y directa contra aquella, aunque, en principio, no se esté adecuando el medio impugnatorio con el acto que se pretende impugnar en los términos del CPC dado que, el pedido de nulidad, como remedio que es, sólo serviría para atacar el acto no contenido en resolución. Por ello, para atacar una resolución judicial que incurre en un vicio de nulidad, el recurso sería el medio impugnatorio adecuado y la identificación del vicio procesal en la resolución judicial debe ser declarada por el Superior Jerárquico quien tiene facultades nulificantes.

Empero, que el Superior Jerárquico tenga facultades nulificantes no significa que el juez inferior carezca de ellas y no pueda declarar la nulidad de su propia resolución y, al contrario, es el mismo juez que expidió la resolución nula el que está en mejor aptitud de corregir su propio error de orden procesal advertido oportunamente.

Esta complicada identificación del medio impugnatorio adecuado (remedio o recurso) según el acto procesal cuestionado (resolución judicial o acto no contenido en ella) se debe a la poca claridad en la clasificación o división hecha por el CPC. No obstante, aún cuando exista esta clasificación, es posible flexibilizarla si es que con ello se respetan los principios procesales que inspiran nuestro ordenamiento procesal en garantía de la tutela procesal efectiva como son los de celeridad, economía y concentración procesal (Artículo V del Título Preliminar del CPC). De esta manera, el juez puede adecuar las exigencias de las normas procesales a los fines del proceso (Artículo IX del Título Preliminar del CPC) y aplicarlas en caso de vacío o deficiencia normativa (Artículo III del Título Preliminar del CPC), si con ello garantiza la efectividad de la tutela exigida. Sobre todo si se tiene en cuenta que las mismas normas procesales que regulan la adecuación del medio impugnatorio dejan un espacio discrecional al juez para que evalúe, según su punto de vista sustentado en derecho y sin afectar el derecho de la contraparte, qué medio impugnatorio considera adecuado.

Por ello, la facultad nulificante propia de la función jurisdiccional, rompe el esquema de recurso/remedio como diferenciador según el acto procesal que se pretenda impugnar. Así, si

existe una resolución que contiene un vicio procesal, en principio, podría utilizarse el remedio de nulidad propiamente dicho o el recurso judicial para que sea anulado por el Superior Jerárquico. Entonces, dado que la distinción entre remedio y recurso no es del todo precisa, si se considera que el criterio que los diferencia radica en el acto procesal que se impugna, el juez puede hacer uso de los principios procesales para admitir y resolver un medio impugnatorio que no se adecue fielmente al acto procesal que se pretende cuestionar en los términos del CPC. Aunque cabe precisar que esta prerrogativa le está prohibida cuando no exista duda ni margen discrecional sobre el medio impugnatorio que se deba interponer de manera imperativa, contra determinados actos procesales como son el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el recurso de casación contra la resolución expedida por la Sala Superior que en segundo grado concluye el proceso, el recurso de queja contra los autos que declaran improcedente un recurso de apelación o casación y similares.

A efectos de no generarse confusiones, es más acertado diferenciar al remedio del recurso en función del efecto que se busca obtener. Si lo que se pretende es la rescisión del acto procesal, será el mismo juez que lo expidió el que podrá corregir su error y el remedio será el adecuado para advertirlo y corregirlo. En cambio, si lo que se busca es su revocación, será el superior jerárquico quien evalúe el acto impugnado a través del recurso. Por ello, si lo que desea el afectado es que el propio juez que expidió el acto impugnado sea quien lo revise y corrija, el medio impugnatorio que podrá utilizar será el remedio, pero si lo que pretende es que sea otro juez, diferente al que expidió el acto sea quien revoque el acto impugnado, pues lo deberá hacer a través del recurso judicial⁽⁷⁾.

(7) *Mas, além do sentido lato, recurso em direito procesual tem uma acepção técnica e restrita, podendo ser definido como o meio ou remédio impugnativo apto para provocar, dentro da relação processual ainda em curso, o reexame de decisão*

Rafael Viera Arévalo

La clasificación según el efecto obtenido a mi parecer es más sencilla y práctica, ya que si lo que se pretende es que el mismo juez, en el proceso donde producirá efectos el acto procesal cualquiera que este sea, sea rescindido, el remedio será el medio impugnatorio adecuado que tiene la parte o tercero legitimado para hacerlo, en cambio, si lo que se pretende es que la resolución judicial sea revocada por el Superior Jerárquico, pues a través del recurso se acudirá donde el superior para que lo evalúe y corrija. Bajo este criterio, el recurso de reposición no sería un recurso, dado que no se acude al Superior Jerárquico para que sea revocado, sino un remedio, ya que es el mismo juez quien advierte su error y rescinde el acto si considera que incurre en un error o vicio.

Dicho esto, cabe preguntarse: ¿la oposición, como remedio ataca el vicio cometido en la resolución que concede la medida cautelar o el acto no contenido en resolución, que sería en este caso, la solicitud de medida cautelar?

Al respecto, recordemos que los presupuestos de procedencia de cualquier medio impugnatorio son: (i) la identificación del vicio y error; (ii) la fundamentación fáctica y jurídica de su rescisión o revocación; y, (iii) el agravio que le produce al afectado el acto procesal cuestionado. Estos presupuestos son constitutivos para cualquier medio impugnatorio sea que fuere remedio o recurso; sin embargo, mientras que en el recurso la concurrencia de dichos requisitos son manifiestos, no parecen tan evidentes cuando se trata de un acto no contenido en resolución.

En efecto, un documento falso, el acto de notificación inválido o demás actos viciados no contenidos en resoluciones, por sí mismos no le producen agravio a quien se le pretende oponer. El acto contendrá un vicio, habrá fundamentación fáctica y jurídica para acreditarlo, existirán medios probatorios que demuestren el vicio o error y el sustento de la impugnación, pero mientras no sea incorporado al proceso por el juez y éste le otorgue eficacia jurídica, no se producirá ningún agravio. Es decir, puede existir en el proceso el acto procesal no

contenido en resolución viciado, pero si el juez lo ha declarado improcedente, impertinente, ha dispuesto que no lo tomará en cuenta, no habrá ningún agravio. Sólo habrá agravio cuando el juez expida una resolución que lo tenga como válido o lo admita, valore y use para sustentar su posición que deniegue el derecho de la contraparte y con la expedición de la resolución que le otorga eficacia jurídica existirá agravio. Mientras ello no suceda, existirá solo una amenaza que se agraviará a quien se le pretende oponer el acto procesal viciado.

Producido el acto viciado no contenido en resolución, existe una amenaza que, si el juez le otorga eficacia jurídica y lo tiene como válido, se genere un agravio o perjuicio contra quien se le pretenda oponer sus efectos jurídicos. Ahora bien, si el Juez expide una resolución incorporando el acto viciado, le otorga efectos jurídicos, lo tiene como válido, será, en estricto, la resolución judicial la que produce un agravio por haber validado un acto viciado. Por ello, cuando se le corre traslado a la contraparte de un medio probatorio viciado con nulidad formal, falso, con impedimento en la ley y similares, formulará una cuestión probatoria para evitar que el juez le otorgue efectos jurídicos al acto viciado y lo agravie. Así, cuando el juez tiene por bien notificado al emplazado en virtud de un acto de notificación inválido, el perjudicado con esta decisión planteará una nulidad contra aquella resolución o si el juez expide una resolución con un vicio en la motivación o sin correr traslado de un pedido que la norma obliga hacerlo, el afectado también podría plantear una nulidad.

judicial, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter-lhe a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 628).

En este orden de ideas, para Solé, se consideran remedios aquellas impugnaciones que carecen del efecto devolutivo, mientras que el dicho efecto es la nota esencial del recurso. (SOLÉ RIERA, Jaume. *El recurso de apelación civil*. España: J.M. Bosch, 1993. pp. 14 y 15).

La oposición y levantamiento de la medida cautelar

En este orden de ideas, dichos remedios serán adecuados, el primero para evitar la expedición de una resolución que se sustente en un acto viciado y que agravie a quien se pretende efectivizarlo y, los demás, para rescindir una resolución judicial sustentada en un acto viciado. De esta manera, el remedio, como medio impugnatorio procede, no sólo cuando hay agravio, sino cuando existe la amenaza de agravio que le generará a la contraparte el acto viciado que se le pretende oponer.

Dicho esto, y con cargo a explicarlo en el punto siguiente, con la oposición se puede cuestionar la resolución judicial que concede la medida cautelar que agravia por haberse sustentado en un acto no contenido en resolución (la solicitud de medida cautelar), aportándose al procedimiento cautelar nuevos argumentos y medios probatorios para demostrar que la solicitud era defectuosa. De modo que, generó la expedición de una medida cautelar que no cumple con los presupuestos procesales para su concesión o ejecución, o, también sirve, para atacar la propia resolución cautelar que incurra en vicios de nulidad.

En consecuencia, la oposición de la medida cautelar es, de manera genérica, un medio impugnatorio y, de manera específica, un remedio, que tiene por finalidad buscar la rescisión de la resolución que otorga una medida cautelar para que quede sin efecto sea por haberse sustentado en una solicitud de medida cautelar viciada o por defectos en la resolución que otorga la medida cautelar.

2.2. Objeto de análisis en la oposición de la medida cautelar

Se ha señalado anteriormente que la oposición de la medida cautelar es el remedio que sirve para atacar la solicitud de medida cautelar o la resolución que concede la medida cautelar.

Como recordaremos, en la solicitud de medida cautelar se deben acreditar (probar) el cumplimiento de los presupuestos cautelares para su concesión: (i) verosimilitud o apariencia

de derecho⁽⁸⁾; (ii) peligro en la demora; y, (iii) adecuación, es decir, que la medida cautelar sea congruente y proporcional a lo que se está solicitando en el proceso principal. Además, se debe otorgar una garantía suficiente, caución o contracaute, para responder con los eventuales daños que la medida cautelar pueda generar en caso ésta sea innecesaria.

La medida cautelar se otorga sin conocimiento previo de la contraparte (*inaudita altera parte*) y sin posibilidad a que ejerza su derecho al contradictorio. Ello no significa que se elimina el derecho de contradicción de la contraparte, sino que se difiere para un momento posterior a la concesión de la medida cautelar⁽⁹⁾ porque de esa manera se garantiza la efectividad de la medida cautelar que se busca obtener. Por ello, se prefiere el derecho a la efectividad de tutela jurisdiccional y, el legislador y el juez, han ponderado este derecho en perjuicio del derecho al contradictorio, porque de correrse traslado previo se generaría el riesgo cierto que el demandado realice actos que la vuelva infructuosa.

Es por ello que el juez sólo tiene presente la solicitud cautelar y revisará el pedido, los fundamentos y los medios probatorios que la sustenta para determinar si ésta cumple con los presupuestos antes indicados y, de ser el caso, la otorga. Si lo hace, deberá ejecutarla y, después de ello, cuando haya sido efectiva, ponerla en conocimiento del afectado.

Sin embargo, cabe la posibilidad que el solicitante de la medida cautelar haya ocultado hechos relevantes para el proceso, declare

(8) *Las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo en grado de una aceptable verosimilitud, como la probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite, si bien aquélla debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetivamente y prima facie lo demuestren.* KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoría del Proceso Cautelar.* En: *Medidas Cautelares.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002; p. 316.

(9) *En los casos donde se concede una medida cautelar inaudita altera parte, el procedimiento no concluye, es decir, se concede la medida cautelar por razones de urgencia, pero inmediatamente después se inicia la discusión sobre la validez de la medida concedida.* (MONROY GALVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso.* Lima: Palestra, 2007; pp. 133 y 134).

Rafael Viera Arévalo

hechos falsos, no presente todos los medios probatorios por conveniencia u omisión y, en general, adecúe su solicitud cautelar aportando la mínima información necesaria para obtener la medida cautelar ansiada. Si el juez, otorga una medida cautelar en estos términos, con una información inexacta, se habrá generado una preliminar convicción errada sobre el conflicto y, por tanto, corresponde que sea dejada sin efecto.

Ante esta situación, el afectado con la medida cautelar, una vez notificado o habiendo tomado conocimiento de la misma, a través de la oposición, podrá solicitar al juez que reexamine la medida cautelar otorgada, aportando los hechos no declarados por el solicitante de la medida, planteando su posición jurídica del conflicto, demostrando la falsedad de los mismos e incorporando los medios probatorios adecuados que acrediten su posición. Aunque cabe precisar que esta defensa es limitada, no sólo porque al momento de ejercerla existe una decisión ejecutada en contra que debe atacar, la cual afecta sus derechos; sino porque los medios probatorios que aporte deberán ser de actuación inmediata porque dicho procedimiento cautelar no soporta una etapa de actuación de medios probatorios por su naturaleza sumarísima, urgente y de mínima cognición.

Así, con los nuevos argumentos y medios probatorios aportados por el afectado que el juez no tomó en cuenta, ni podía tenerlos en cuenta por el dictado *inaudita altera parte*, deberá reexaminar la medida cautelar y advertir si, aún con los argumentos preliminares de la defensa, se mantiene los presupuestos de la medida cautelar y, por tanto, se justifica que se mantenga vigente, o, en su caso, dejarla sin efecto si advirtiese que alguno de los presupuestos cautelares ha desaparecido. Por ello, considero que en este supuesto, lo que ataca la oposición es la solicitud de la medida cautelar viciada, errada, parcial, que se elaboró con la finalidad de hacer caer en error al juez y obtener una medida cautelar que en normales circunstancias no se hubiera obtenido.

Ahora bien, verificados los vicios o errores en la resolución cautelar, si lo que faltase es un presupuesto para la concesión de la medida cautelar, es decir, si el juez comprobase que no existe o no se ha acreditado la verosimilitud o el peligro en la demora, el juez debe levantarla, no cabe duda.

Sin embargo, si el juez considera que no existe adecuación, el artículo 611 del CPC, establece que el juez debe otorgar la

medida cautelar adecuada. Si ello es así, si se funda una oposición sustentada en la falta de adecuación, el órgano jurisdiccional no debería levantar la medida cautelar otorgada hasta conceder o cambiarla por otra que se adegue a la pretensión ventilada en el proceso principal. Sólo si no existiera una adecuada, la dejaría sin efecto.

Un comentario diferente merece la contracautele o caución, dado que si este presupuesto cautelar es cuestionado, por tratarse de un presupuesto para la ejecución de la medida cautelar, su inexistencia o incumplimiento no afecta la validez de la medida cautelar, ni su otorgamiento. En este caso, con la fundabilidad de la oposición por advertirse que no se otorgó una contracautele o caución suficiente para garantizar los eventuales daños que la medida cautelar innecesaria e ilegal genere, no debería dejarla sin efecto. Por el contrario, por tratarse de un vicio subsanable, deberá otorgar un plazo razonable para que quien obtuvo la medida cautelar a su favor pueda subsanar este vicio o defecto otorgando una caución suficiente. De hacerlo en el plazo, se debería mantener la medida cautelar, y de no poder subsanarlo, el Juez procedería a dejarla sin efecto.

Ahora bien, también puede darse el caso que sea el juez quien genere un vicio en la resolución cautelar. Ello sucede cuando vulnera el derecho al debido proceso propio del contenido de la actividad judicial y de la resolución judicial. En efecto, así como el derecho al debido proceso es un derecho abstracto que se configura o se compone de varios derechos indispensables para el desarrollo de un proceso justo, otorgándole a las partes los derechos que le corresponden para que tutelen, ambos, sus derechos intersubjetivos; este mismo derecho amplio le impone una serie de garantías y deberes al juez para que despliegue adecuadamente la actividad jurisdiccional. Así por ejemplo, el

La oposición y levantamiento de la medida cautelar

juez debe respetar los deberes a la adecuada motivación de la resolución judicial y no incurrir en vicios en la motivación; valorar debidamente los medios probatorios presentados, tener competencia para resolver el conflicto, respetar el procedimiento predeterminado por ley, respetar el principio de congruencia procesal, no otorgar algo distinto a lo pedido o a los hechos afirmados, respetar el derecho defensa, impugnación y demás, para que de esa manera, se canalice determinada pretensión correctamente y llegue a su finalidad: resolver la controversia o eliminar la incertidumbre jurídica.

Además, no sólo debe respetar los derechos que componen el debido proceso, sino los principios y características propia de la medida cautelar como el principio de mínima injerencia o irreversibilidad, es decir, respetar todos aquellos derechos que le son propios a la actividad jurisdiccional y a la medida cautelar. Si el juez los vulnera al dictar la medida cautelar, contra esta decisión se formula oposición a efectos que el juez rescinda el acto procesal impugnado y deje sin efecto la medida cautelar.

2.3. La oposición no es el único medio impugnatorio contra la medida cautelar

De la redacción de la norma comentada, podría concluirse que el único medio impugnatorio posible contra la medida cautelar es la oposición, pero una interpretación en este sentido sería errada. El afectado puede interponer recurso de apelación u oposición, a su elección, por lo siguiente:

a) El artículo 637 del CPC comentado que regula la oposición de medida cautelar no establece expresamente que el único medio impugnatorio adecuado contra la resolución que concede la medida cautelar sea la oposición, ni excluye expresamente la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la resolución cautelar. Siendo esto así, y teniendo en consideración que el derecho a la impugnación es un derecho constitucional, toda limitación y restricción que se haga de este derecho debe estar establecido

expresamente en la ley; de lo contrario, lo que no esté prohibido expresamente, está permitido.

b) El artículo del 360 del CPC⁽¹⁰⁾ prohíbe al impugnante interponer dos recursos contra la misma resolución. Si bien coloquialmente se le decía recurso a todo escrito judicial, y se entendía que el escrito que contiene la nulidad es un recurso, equiparándolo al recurso como tal, ello es inexacto⁽¹¹⁾. La norma del artículo 360 del CPC es restrictiva de derechos, prohibitiva, por tanto, se debe interpretar de manera literal y restringida, y no se puede aplicar analógicamente ni extensivamente a supuestos no regulados expresamente. Por ello, si la literalidad de la norma prohibitiva indica que no se puede interponer dos recursos contra la misma resolución, esta restricción no puede aplicarse a los remedios como medios impugnatorios, por lo que, tratándose la oposición de un remedio y no recurso, no le alcanza tal prohibición.

Sin embargo, ello no significa que esté permitido plantear la oposición y el recurso de apelación a la vez contra la resolución que otorga la medida cautelar. El afectado con la medida cautelar cuenta con esos medios impugnatorios para utilizarlos a su elección, pero una vez optado por cualquiera de estos no puede utilizar el otro, de hacerlo, el juez deberá declarar improcedente el segundo. Pero, no porque exista una prohibición expresa de no interponerse dos medios impugnatorios

(10) Artículo 360.- Prohibición de doble recurso.-

Está prohibido a una parte interponer dos recursos contra una misma resolución.

(11) La palabra 'ricorsi' significa en italiano escrito y la palabra 'ricorso' significa recurso en el exacto sentido del concepto. Lamentablemente una palabra subsumió a la otra, de tal suerte que todo se tradujo como escrito, generando así el uso indebido que hoy observamos. (MONROY GÁLVEZ, Juan F. *La Formación del Proceso Civil Peruano*. Lima: Communitas, 2010; p. 250).

Rafael Viera Arévalo

contra la misma resolución, sino porque al haberse agotado el derecho de impugnación del afectado con el recurso de apelación o el remedio de oposición, han operado la preclusión lógica y la preclusión consumativa⁽¹²⁾ en esta situación jurídica procesal.

- c) Tampoco se podría rechazar el recurso de apelación bajo el argumento que dado que se regula la oposición contra la medida cautelar, éste sería el medio impugnatorio adecuado atendiendo a lo dispuesto por último párrafo del artículo 358 del CPC, porque, como lo hemos explicado, conforme a los términos establecidos por el propio CPC, el medio impugnatorio adecuado contra la resolución judicial (como la que otorga una medida cautelar), es el recurso y no el remedio porque, en principio, este último estaría establecido para actos no contenidos en resoluciones.

Por otro lado, si uno debe adecuar el medio impugnatorio al acto procesal cuestionado, la oposición es el remedio adecuado para atacar la solicitud cautelar parcial, falsa, presentada con la finalidad de hacer caer en error al juez y obtener una medida cautelar que no debía ser concedida o contra la resolución judicial que incurre en un vicio de nulidad. En cambio, si el solicitante de la medida ha presentado todos los fundamentos, los hechos, los medios probatorios, incluso, la posición ha sido probada preliminarmente, pero el juez ha incurrido en un error en la apreciación en los hechos y/o del derecho y le ha otorgado determinada errada consecuencia jurídica a los

hechos, preliminarmente probados, que el ordenamiento no reconoce; si a ello, sumamos que el afectado con la medida cautelar posiblemente no tenga elementos, hechos o medios probatorios adicionales o diferentes a los presentados por el demandante que aportar pero está en desacuerdo con la interpretación y calificación jurídica contenida en la decisión cautelar, el recurso de apelación es el medio impugnatorio adecuado para atacar esta resolución. De esta manera, se le da la oportunidad al afectado que un juez diferente al que expidió la resolución, y que se formó una convicción preliminar del conflicto, sea quien reexamine la medida cautelar.

Cabe señalar, que la misma norma procesal no establece con claridad y precisión qué vicio procesal o error de hecho o derecho puede ser cuestionado con la oposición, ni indica si para ello se utiliza el remedio o el recurso para atacarlos. Así, el juez, dejando cierta discrecionalidad para que decida cuál medio impugnatorio es adecuado para el acto procesal cuestionado, en respeto al principio *favor processum* y principio *pro actione*⁽¹³⁾; debe declarar la procedencia del medio impugnatorio usado y generar el espacio para

(12) Cabe recordar, que existen tres modalidades de preclusión:

1. *Preclusión temporal*: Es la pérdida de la facultad de practicar un acto procesal por no haber observado el plazo previsto por la ley.
2. *Preclusión lógica*: Consiste en la incompatibilidad entre dos actos procesales, no debiendo considerarse el último, porque otro, anterior y válidamente practicado, produce efectos inconciliables con los pretendidos posteriormente.
3. *Preclusión consumativa*: Es la pérdida de la facultad procesal *válidamente ejercida*.

En este orden de ideas, aunque con algunas variantes, GOZAÍNI indica que: *Esa preclusión origina tres posibilidades diferentes: en la primera, puede suceder que se pierda la alternativa o facultad de alegra por haber transcurrido la oportunidad otorgada en los plazos procedimiento. Aquí la preclusión castiga la inercia del interesado, dando por perdida la ocasión. En segundo término, si un acto procesal se cumple en una etapa equivocada queda privado con ello de obrar adecuadamente en la instancia en curso; se habla entonces de preclusión por extinción. Con ella, el error impide regresar reparando el equivoco. También aquí la preclusión opera como sanción al descuido.*

Finalmente, la preclusión actúa por consumación cuando ya se hubiera ejercido válidamente la facultad de la que se trata y se persigue reiterar el mismo acto. Cumplido, no es posible repetirlo aún bajo el pretexto de mejorar o integrarlo con elementos involuntariamente omitidos en la primera contingencia. (GOZAÍNI, Osvaldo. *El Debido Proceso*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004; p. 507).

(13) *El principio que vamos a comentar tiene un amplio reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, sin que conozcamos si algún ordenamiento lo ha recogido como lo hace ahora el Código comentado. Se le denomina principio favor processum y también*

La oposición y levantamiento de la medida cautelar

que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre el fondo de la impugnación de la medida cautelar. Pues, con ello se garantiza la plena vigencia de los derechos y se obtiene una respuesta del órgano jurisdiccional.

2.4. No se debería correr traslado de la oposición de la medida cautelar

Cuando se otorga una medida cautelar no se corre previo traslado a la contraparte porque ello significaría poner en riesgo la tutela urgente preventiva que se pretende garantizar con la tutela cautelar. Es decir, el juez la otorga *inaudita altera parte*. Así, si el demandado o reconvenido se enterara que el demandante o reconveniente está solicitando una afectación sobre su patrimonio o esfera jurídica, intentará evitar que ello ocurra realizando actos de disposición u ocultamiento para frustrar la pretendida afectación. De allí que, en respeto del derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, es que se le otorga la facultad al juez de dictar una medida cautelar y ejecutarla en perjuicio del derecho al contradictorio del demandado y contra el derecho a la bilateralidad; el cual promulga que el juez no puede dictar ninguna decisión si previamente no ha escuchado a la otra parte.

La medida cautelar debe dictarse con celeridad porque la demora en su otorgamiento, y de allí que el peligro en la demora sea un requisito para su concesión, puede frustrar su ejecución y la eficacia de la tutela que se pretende asegurar. Sin embargo, una vez ejecutada la medida cautelar y si ésta es innecesaria o no tuvo que haberse concedido, también debe ser levantada y dejada sin efecto con la misma prontitud.

Si bien se justifica que se difiera el contradictorio para la eficacia de la tutela cautelar y con ello garantizar la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante, no se justifica que el demandado deba soportar una medida cautelar que no cumpla con los requisitos para haber sido otorgada. Además, tiene el derecho de obtener una respuesta oportuna y pronta por parte del órgano jurisdiccional como manifestación de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, por lo que la medida cautelar innecesaria e ilegal que soporta

injustamente deba ser levantada sin dilaciones y demoras.

Es suficiente con la contradicción diferida que tiene el demandado que soportar en sede cautelar para que se siga postergando más sus derechos constitucionales. De este modo, es el momento para ejercer esta contradicción con la oposición de la medida cautelar, que requiere de tempestiva por parte de quien concedió la cautela ilegal.

Si la medida cautelar fue concedida *inaudita altera parte*, únicamente escuchando los argumentos y evaluando los medios probatorios del solicitante de la medida cautelar, la oposición que contiene los argumentos y los medios probatorios del afectado con la medida cautelar también debería evaluarse y resolverse sin correr traslado a la otra parte. De esta manera, se respeta el principio de igualdad procesal.

La justificación para que se corra previo traslado de la oposición de la medida cautelar al beneficiado con la misma, es que un juez no puede quitar un derecho otorgado a una de las partes sin darle la posibilidad de defenderse. Asimismo, debido a que ya le otorgó la medida cautelar, significaría una afectación a sus derechos al mantener vigente el acto procesal obtenido. Sin embargo, cuando se trata de una medida cautelar, no estamos ante un acto procesal obtenido luego de escuchar a ambas partes, sino sólo con la versión del demandado y, por tutela efectiva, se otorga en esos términos. Por ello, siendo que se está afectando los derechos o la esfera jurídica del demandado injustificadamente con una medida cautelar mal concedida, y ello se

principio pro actione, en la doctrina y jurisprudencia argentina y española, respectivamente. Consiste en la facultad que tiene el juez de decidir a favor de la admisión de la demanda o de la continuación del proceso, en aquellos casos en los que tenga duda razonable respecto de si se está ante un caso de improcedencia de la demanda o de conclusión del proceso. (ABAD YUPANQUI, Samuel y otros. *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de motivos, Dictámenes e Índice Analítico.* Lima: Palestra, 2004: p. 35).

Rafael Viera Arévalo

aprecia de la oposición formulada, el juez no tendría que correr traslado a la contraparte porque la posición de éste ya la tuvo cuando otorgó la medida y, siendo el momento de escuchar al demandado, corresponde resolver con ello.

Asimismo, nuestro sistema judicial es lento, existe una sobrecarga procesal que abarrotá de casos el Poder Judicial, generando una lentitud excesiva en proveer y resolver los pedidos de los litigantes. Si a esto le sumamos que desde que se presenta un escrito judicial hasta que éste es proveido y finalmente notificado, transcurre por una serie de trámites burocráticos que genera que la justicia, si es que llega, llegue lentamente. Entonces, no es razonable ni existe justificación para que el demandado prolongue el padecimiento y sufrimiento que le genere una medida cautelar mal concedida. Esta agonía debe terminar rápido, por lo que generar más trámites que la misma norma procesal no prevé y que la naturaleza del acto procesal otorgada *inaudita altera parte* no se justifica, siendo ello irracional e ilegal, y una generalidad de supuesta protección del derecho del contradictorio del demandante no es suficiente para no resolver de manera inmediata la oposición formulada.

2.5. La segunda instancia judicial podría otorgar la medida cautelar

Otro punto a tomar en cuenta, es la posibilidad de que la segunda instancia judicial pueda otorgar una medida cautelar. Respecto de este punto, había posiciones divididas.

Por un lado, para unos, si una medida cautelar había sido denegada en primera instancia, luego esta había sido apelada y elevada a la segunda instancia judicial, este grado revisor no podía otorgar la medida cautelar. Si en revisión, se consideraba que cumplía con los requisitos para su concesión porque de hacerlo, restringían el derecho al afectado con la medida cautelar de impugnarla. Debido a que contra un auto de segunda instancia expedido en sede cautelar, no procede ni el recurso de apelación ni el de casación. Es decir, el demandado iba a sufrir los efectos de la medida cautelar, incluso, aun cuando la instancia superior se hubiera equivocado al otorgarla, sin posibilidad de impugnación.

Por este motivo, las instancias superiores sólo anulaban el auto que denegaba la medida cautelar si consideraban que cumplía con los requisitos para su otorgamiento y le marcaban las pautas al juez inferior para que la concedan.

De esta manera, era el inferior jerárquico, el que se sentía atado con la decisión cautelar nulificante y, con las consideraciones de la segunda instancia dirigidas a su otorgamiento, concedían la medida cautelar. Ejecutada esta decisión, le otorgaban la posibilidad al demandado para apelarla. Sin embargo, como parece ser evidente, se generaba una especie de formalismo innecesario porque el juez otorgante de la medida cautelar justificada su decisión en lo dispuesto por el superior jerárquico y cuando este auto era apelado por el demandado, el grado superior mantenía su criterio porque era quien así lo había establecido.

Por otro lado, habían pocos órganos jurisdiccionales que en segundo grado otorgaban la medida cautelar denegada en primera instancia si consideraban que cumplía con los presupuestos cautelares para su concesión y ordenaban al inferior jerárquico que la ejecuten. El sustento de ello era que para la expedición de cualquier acto procesal se deben ponderar los derechos procesales controvertidos y contrapuestos en el proceso, y preferían el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del solicitante de la medida cautelar cuya necesidad se hace manifiesta por la denegatoria de dicha tutela urgente preventiva cautelar de primera instancia. Esto justificaba que se pondere este derecho con el derecho del demandado a la impugnación, que si bien es un derecho constitucional, no es absoluto como cualquier derecho procesal. Pues bien, con esta decisión, en principio, no solo el órgano jurisdiccional brindaba la tutela esperada, sino que se eliminaba el formalismo innecesario que generaba que un juez superior anule una denegatoria de medida cautelar para que el inferior la conceda y, después de apelada, igual sea confirmada.

Estos escenarios se presentaban en un sistema procesal que sólo permitía el recurso de apelación como medio impugnatorio

La oposición y levantamiento de la medida cautelar

adecuado contra el auto que denegaba la medida cautelar. Sin embargo, con la regulación de la oposición como medio impugnatorio, consideramos que si un juez inferior deniega una medida cautelar y el solicitante de la medida interpone recurso de apelación contra el auto denegatorio, el juez superior podría ejercer sus funciones a cabalidad. Así, puede anular si considera que existe un vicio procesal no advertido y devolver los autos al inferior para que lo subsane; confirmar si considera que la medida cautelar estuvo bien denegada e, incluso; revocar el auto denegatorio si considera que la medida cautelar cumple con todos los requisitos para su concesión y otorgarla.

Ejecutada o apenas el demandado tome conocimiento de la existencia de la medida cautelar en su contra, puede formular oposición en segundo grado contra el auto que concede la medida cautelar y con ello se respeta su derecho a la impugnación. De esta manera, el órgano jurisdiccional podrá revisar los nuevos argumentos y medios probatorios de actuación inmediata que ofrezca el afectado con la medida cautelar y reevaluar o reexaminar la decisión adoptada. Asimismo, en caso que, considere que algunos de los presupuestos cautelares han desaparecido o no se cumplían, disponer dejarla sin efecto, caso contrario la mantendrá.

Con esta solución se estaría respetando el derecho de impugnación de la contraparte aunque en principio no es el de pluralidad de instancia ya que el segundo grado es quien está otorgando la medida cautelar sin posibilidad de que la decisión, que deje sin efecto la medida cautelar al amparar la oposición o la que la mantenga si es desestimada, sea revisada por otro órgano superior. Sin embargo, esta limitación o restricción a la pluralidad de instancia en principio no es tal, porque es el segundo grado, en respeto de la pluralidad de instancia del apelante, quien está revisando la medida cautelar y tomando una decisión en segundo grado. La decisión que emita es definitiva para ambas partes en igualdad de condiciones ya que la decisión de levantar o no la medida cautelar impide que la parte que no esté de acuerdo acuda a una instancia más. Además, recalcamos, que ningún derecho procesal aun cuando es constitucional es absoluto, así que se pondre la urgencia de tutela, el respeto del derecho a la impugnación del

afectado que se materializa con la oposición, en perjuicio del derecho a la pluralidad de instancia, es acertado.

3. El levantamiento de la medida cautelar

El Código Procesal Civil no regula la figura de levantamiento de la medida cautelar cuando en el transcurso del proceso desaparece alguno de los presupuestos procesales que sirvieron para su concesión. Al respecto, considero que cuando ello sucede, la medida cautelar debe ser levantada porque es contrario a su naturaleza que se mantenga vigente una medida cautelar que no cumple con los requisitos para existir. Creemos que ello es posible por lo siguiente.

3.1. Sobre la provisoriedad de la medida cautelar

El artículo 612 del CPC, establece que una de las características de la medida cautelar es que sea *provisoria*. Esto significa que la medida cautelar no dura para siempre o debe durar necesariamente mientras dure el proceso principal, sino que su duración está condicionada a que se mantengan incólume los requisitos que sirvieron para su concesión.

Piero Calamandrei nos indica respecto de la provisoriedad: "Por esto, siempre que una medida cautelar se concede a base de una sola fase de cognición sumaria (véase los numerales 20 y 24), la misma autoridad que ha dictado la providencia podrá a través de una nueva cognición sumaria modificarla o revocarla, si mientras pende el juicio principal se han verificado nuevas circunstancias que aconsejen que no continúe la relación cautelar originariamente constituida"⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾.

(14) CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: Ara, 2005; p. 90.

(15) Del mismo orden de ideas se Priori Posada, cuando indica: *Las medidas cautelares son provisorias en la medida que mantendrán su vigencia hasta que no se dicte la sentencia con autoridad de cosa juzgada, u otra resolución que disponga su levantamiento o se produzca una circunstancia que, según la ley, la deje sin efecto. De esta manera, las medidas cautelares*

Rafael Viera Arévalo

Asimismo, la jueza y profesora universitaria Marianella Ledesma Narváez, señala: "Lo provisorio de la medida justifica que esta desaparezca sea por sentencia o sin ella. En este último caso, la medida se altera porque concurren pruebas que convencen que la apariencia del derecho ha desaparecido. El fin de esta característica es eliminar el peligro en la demora, como uno de los elementos de la medida cautelar, superado ello, la medida cautelar puede levantarse o desaparecer"⁽¹⁶⁾.

Por su parte, Kielmanovich señala:

"Las medidas cautelares se caracterizan, a su turno, por su provisionalidad, por lo que ellas habrán de subsistir hasta el momento en que la sentencia definitiva adquiera firmeza o ejecutoriedad (verificarse su conversión luego, en todo caso, en ejecutorias), o mientras duren las circunstancias fácticas que las determinaron (*rebus sic stantibus*), pudiendo entonces así solicitarse su levantamiento en tanto esos presupuestos sufriesen alguna alteración.

(...)

En este sentido el artículo 202 del Código indica que las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron y que en cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento"⁽¹⁷⁾.

Ahora bien, una medida cautelar que, incluso, ha sido confirmada puede ser dejada sin efecto o levantada por el juez cuando advierte que las circunstancias que estuvieron presentes al momento que se dictó una medida cautelar han desaparecido. Sobre este punto, es oportuno recordar que una medida cautelar se concede *inaudita altera parte*, esto es sin contradictorio y sin escuchar a la otra parte, y cuando el superior jerárquico confirma un mandato cautelar, en virtud del principio de delimitación de la apelación⁽¹⁸⁾ o de congruencia procesal⁽¹⁹⁾. Solamente puede revisar lo que ha sido actuado por el a quo al momento de conceder la medida cautelar o luego de declarar infundada la oposición y bajo los fundamentos fijados por el impugnante. Así, si considera que al momento de su dictado, el inferior jerárquico constató que el pedido cautelar cumplía con los presupuestos cautelares, procederá a confirmar la medida.

Sin embargo, por el carácter provvisorio de toda medida cautelar, ello no significa que la parte afectada esté impedida de solicitar

tienen una vida limitada en el tiempo, es decir, no tienen una vocación de permanencia; pero esa vida limitada en el tiempo está condicionada a que se produzca un hecho futuro, y esto es, como hemos señalado el dictado de la sentencia con autoridad de cosa juzgada o de otra resolución que la levante. (PRIORI POSADA, Giovanni. La Tutela Cautelar. Su configuración como derecho fundamental. Lima: Ara, 2006; p. 105).

(16) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Lima: Gaceta Jurídica, 2008; p. 44.

(17) KIELMANOVICH, Jorge L. Teoría del Proceso Cautelar. En: *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002; p. 309.

(18) *El aspecto positivo del efecto devolutivo del recurso de apelación comporta una limitación efectiva al posible contenido del recurso. El órgano judicial ad quem que conoce de la apelación solo incidirá sobre aquello que le es sometido en virtud del recurso. Según el célebre brocado tam tum devolutum quantum appellatum, entra dentro del ámbito del efecto devolutivo todo aquello que en virtud del recurso es elevado al Tribunal Superior. Es éste el aspecto positivo del efecto devolutivo; con ello, la apelación versa sobre el material de la primera instancia: revisio prioris instantiae.* (SOLÉ RIERA, Jaume. *El Recurso de Apelación Civil*. España: J.M. Bosch, 1993; p. 63).

(19) *La primera contención que delimita la competencia del órgano revisor es la que deriva de la maxima tantum appellatum quantum devolutum que refiere a la extensión dada por el recurrente a su impugnación, con lo que se quiere significar que la capacidad decisoria del tribunal ad quem –total o parcial– viene dada por el nuevo examen en los motivos, temas o cuestiones traídos por el recurrente, contra las conclusiones del juez inferior. La prescindencia de tal limitación, exceso o violación –ha sentado la Corte Suprema– infringe el principio de congruencia que se sustenta en los artículos 18 y 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 327:3495, 307:948, 304:355; 302:264, 301:925 y 999, 300:708, 252:323, entre muchos otros). (JORGE ENDERLE, Guillermo. La Congruencia Procesal. 1era edición. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2007; p. 274).*

La oposición y levantamiento de la medida cautelar

un reexamen de la misma y solicite su levantamiento, revocación o rescisión. No obstante, no por las mismas razones que estuvieron presentes al momento de la concesión e impugnación de la medida cautelar (al haber operado el principio de preclusión), sino por cambios circunstanciales esenciales producidos en el transcurso del proceso.

En este mismo orden de ideas, Armando Rivas considera que la medida cautelar puede desaparecer por los siguientes motivos, a saber:

- "Por cambio de las circunstancias que justificaron el dictado de la cautelar.
- Por la finalización o duración del pleito
- Por estar la cautelar, sujeta legalmente a un plazo determinado de vigencia
- Por agotamiento del tiempo fijado judicialmente para la vigencia de la medida.
- Por incumplimiento de cargas.
- En el primer caso la revocación de la cautelar por la desaparición de la razón que justificó su dictado (...)

a) Cambio de circunstancias

a.1) *Rebus sic stantibus*. Con respecto al primer motivo, tal como lo recuerda Monroy Gálvez, las medidas cautelares están sujetas al principio del *rebus sic stantibus*. Precisamente, ello no significa que la decisión que las impone pueda ser revisada de manera constante a voluntad del sometido a las mismas, sino que puede ser dejada sin efecto si en virtud de nuevas circunstancias desaparecen los presupuestos que justificaron su dictado. De tal manera, no será preciso esperar a la sentencia para levantar la medida

cautelar decretada o, en su caso, antes de aquélla, será posible requerir nuevamente la que fuera negada. Si bien falta en el CPC una disposición que explice la solución referida, considerar que lo resuelto debe perdurar hasta el fin del proceso no obstante el cambio de circunstancias, importa borrar de la letra legal el carácter de provisionalidad contenido en el artículo 612 con grave daño al principio de eficacia jurisdiccional. Es claro que el dispositivo en cuestión no puede servir para pretender que una vez confirmada (por vía de recurso) y firme la medida cautelar o la denegatoria de ella, se intente plantear nuevamente la cuestión resuelta no obstante no se hayan producido los cambios que lo justifique"⁽²⁰⁾.

Por su lado, Priori Posada indica: "La solicitud de revocación de la medida cautelar puede ser presentada por la parte afectada con ella para que se deje sin efecto la medida cautelar concedida anteriormente. Cabe precisar que dicho pedido procede incluso en aquellos casos en los que la resolución que concede la medida cautelar (cuyo levantamiento ahora se solicita) haya sido confirmada por el órgano jurisdiccional superior, a consecuencia de la interposición del recurso de apelación respectivo; siempre que la solicitud se sustente, por supuesto, en un cambio en las circunstancias que sirvieron originalmente para concederla"⁽²¹⁾.

(20) ARMANDO RIVAS, Adolfo. *Las Medidas Cautelares en el Derecho Peruano*. Lima: Jurista, 2005; pp. 49 y 50.
Del mismo parecer es Priori Posada cuando indica:

En este cambio de circunstancias puede producirse por cualquiera de las siguientes razones:

Aquella situación en virtud de la cual el Juez concluyó que no existía peligro en la demora ha variado, de manera tal que ahora dicho plazo sí existe.

Aquella situación en virtud de la cual el Juez concluyó que existía peligro en la demora ha variado, de manera tal que ahora dicho peligro no existe.

Las circunstancias que llevaron al Juez a concluir que existía apariencia de fundabilidad de la pretensión planteada se han modificado, de manera tal que dicha apariencia ya no le parece tal.

Las circunstancias que llevaron al Juez a concluir que no existía apariencia de fundabilidad de la pretensión planteada se han modificado, de manera tal que ahora considera que sí existe (Óp.Cit.; p. 107).

(21) Óp.Cit.; pp. 110 y 111.



Rafael Viera Arévalo

El cambio de circunstancias que justifica el pedido de levantamiento de la medida cautelar puede darse, según Monroy Palacios, en los siguientes supuestos:

- "a) Cuando exista una alteración de las circunstancias en la relación material, al punto que la medida cautelar dictada anteriormente se torne injusta por la ausencia de algún presupuesto procesal presente al momento de su concesión, cuando provoque el riesgo de un perjuicio irreparable, se requiera de una mayor amplitud para continuar siendo eficaz o de su reducción para que no sigan causando perjuicios innecesarios; o
- b) Cuando exista una alteración de las circunstancias en la relación procesal, es decir, cuando del desarrollo de la discusión procesal desaparezcan o se alteren los presupuestos procesales que dieron lugar a la medida cautelar antes dictada. Ello, sin mayor duda, deberá dar lugar al levantamiento de la medida otorgada, luego de que se haya escuchado la posición de las partes"⁽²²⁾.

En consecuencia, en virtud de la provisoriedad de la medida cautelar, se puede solicitar el levantamiento o revocación de la medida cautelar. Esto, será cuando en el transcurso del tiempo (y del proceso) se han producido circunstancias que generan la desaparición de alguno de los requisitos de la medida cautelar, que no estuvieron presentes al momento de su dictado, aún cuando esta decisión haya sido confirmada por el superior jerárquico.

3.2. Sobre el trámite del pedido de levantamiento de la medida cautelar

Conforme lo antes indicado, para que la medida cautelar pueda mantenerse vigente debe contener, esencialmente, los presupuestos cautelares para su existencia. Asimismo, en virtud de la característica de la provisoriedad, la medida cautelar no dura eternamente, sino que puede ser dejada sin efecto, levantada o revocada, cuando sucede un cambio o alteración en las circunstancias que no estuvieron presentes al momento de concederse o denegarse la medida cautelar.

Ahora bien, el hecho que no exista una disposición expresa en el Código Procesal Civil no significa que se niegue tal característica y que el órgano jurisdiccional no la pueda advertir y, en respeto del derecho constitucional de tutela jurisdiccional efectiva, otorgue una solución a dicha omisión normativa. Cabe resaltar, que el juez debe, conforme lo establecido en el inciso 8, artículo 139 de la Constitución, administrar justicia en caso de vacío o deficiencia de la ley. En este caso concreto de insuficiencia, deficiencia o vacío normativo de la norma procesal, como lo dispone el artículo III del Título Preliminar del CPC, debe acudir, entre otros, a los principios procesales y a la doctrina procesal.

Pues bien, Monroy Palacios considera que: "cuando una medida cautelar es dejada sin efecto a pedido de parte o por una decisión judicial de oficio, sin que aquello tenga un referente normativo expreso que lo determine de 'pleno derecho' (caso en el cual nos encontraríamos en un supuesto de la extinción) sino, en una motivación originada por las vicisitudes propias de la relación procesal, nos encontramos ante la figura del levantamiento"⁽²³⁾.

El trámite que nos sugiere es el siguiente:

"Bajo similar contexto, pero respecto de la situación jurídica del demandado, la solicitud de levantamiento implica la iniciación de un incidente cautelar, donde aquel deberá demostrar la consabida alteración de las circunstancias. Si ello no ocurre, el juzgador deberá oponer el efecto preclusivo de la medida cautelar en vigencia. Como resulta obvio, la

(22) MONROY PALACIOS, Juan. *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Lima: Comunidad, 2002; pp. 165 y 166.
(23) Op.Cit.; pp. 320 y 321.

La oposición y levantamiento de la medida cautelar

tramitación de este incidente está sujeto al principio de igualdad procesal (deberá correrse traslado a la otra parte) y a la posibilidad de que aquella específica controversia sea revisada en segundo grado”⁽²⁴⁾.

Similar sugerencia la establece Priori Posada cuando indica:

“Si el Juez ha concedido una medida cautelar, puede decidir levantarla en base a un pedido del afectado con ella, el mismo que se puede fundar en : (i) hechos anteriores y posteriores a la fecha en que se solicitó la medida cautelar, en todos aquellos casos en los que la resolución cautelar haya sido concedida sin conocimiento de la parte afectada con ella; y, (ii) hechos posteriores a la fecha en que presentó su defensa frente a la solicitud de medida cautelar, en los casos en los que ya se le haya escuchado, salvo que se trate de hechos anteriores a esa fecha, que comprobadamente no hay podido conocer.

(...)

En nuestra opinión la solicitud de modificación por cambio en las circunstancias sólo puede fundarse en medios de prueba distintos a aquellos que sirvieron de base a la original solicitud o defensa del afectado, salvo que estos medios de prueba hayan aparecido con

posterioridad a la fecha en que se presentó dicha solicitud o defensa, o que comprobadamente no hayan podido ser conocidos a esa fecha”⁽²⁵⁾.

En efecto, el pedido de levantamiento de medida cautelar debe ser canalizado a través de un incidente que se tramite en cuerda separada, donde se corra traslado a la otra parte para que en ejercicio de sus derechos de defensa y contradictorio, absuelva lo que considere conveniente según su posición, en mérito del cual, mediante una resolución debidamente motivada el juez pueda resolver el incidente respectivo. En todo caso, disponer el levantamiento de la medida cautelar si considera que ya no cumple con algún presupuesto cautelar para su existencia u otorgar una si considera que los presupuestos cautelares que no se cumplían antes, ahora se cumplen por las nuevas circunstancias.

Por otro lado, el recurso de apelación interpuesto contra el auto que disponga el levantamiento de la medida cautelar debería ser otorgado con efecto suspensivo porque, en estricto, se trata de un auto que concluye el procedimiento cautelar y sus efectos pueden generar efectos irreversibles una vez ejecutada. Por ejemplo, devolver el dinero retenido y que éste sea dilapidado o escondido por el demandado, que el embargo en forma de inscripción levantado genere incentivos para que el demandado esconda o transfiera el patrimonio a favor de terceros que se amparen en la buena fe registral y similares. Sin embargo, si el juez considera, mediante una resolución debidamente motivada que existe una necesidad imposible que justifique el levantamiento inmediato de la medida, aún cuando exista apelación de la medida cautelar, deberá ponderar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva al de impugnación, y conceder la apelación sin efecto suspensivo y ejecutar el levantamiento. ⁽²⁶⁾

(24) Op.Cit.; p. 321.

(25) Op.Cit.; pp. 109 y 110