

LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVENTIVA EN EL ARTICULO II DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL

Comité de Redacción:

Omar Cairo R., Napoleón
Alvarez V., Ana María
Arante A. y Sergio Tafur.

COMENTARIO A LA EJECUTORIA

No es objeto del presente comentario adentrarse en el tema del abuso del derecho, máxime cuando este se perfila obscuro y difuso en la jurisprudencia sub-examine. Resulta por el contrario sumamente interesante analizar los aspectos de orden adjetivo en la ejecutoria a propósito de este tema son tratados.

I. ASPECTOS PRELIMINARES:

A efectos de contar con un marco teórico indispensable para el análisis, consideramos necesario conceptualizar previamente algunas instituciones del Derecho Procesal, tales como:

A. PROCESO CAUTELAR: Es un conjunto de actos ordenados dialécticamente y destinados a la dación de un auto -Providencia Cautelar- que ordena la ejecución de una medida cautelar. Este auto puede ser expedido de manera antelada o simultánea a un proceso definitivo, pero - y a diferencia de la tutela jurisdiccional preventiva, como veremos más adelante - tiene como finalidad el adoptar medidas que aseguren el cumplimiento eficaz del fallo a cobrarse en un proceso principal o definitivo.

Entre las características del proceso cautelar podemos encontrar las siguientes:

a. Es sumario: Dado que la medida cautelar se orienta a evitar que el transcurrir del tiempo haga devener inejecutable lo ordenado en la Sentencia, el proceso destinado a su otorgamiento para ser coherente con este fin deberá ser corto y expeditivo.

b. Debe ser reservado: La reserva implica que el trámite para la dación de una providencia cautelar se realizará sin correr traslado a la otra parte ("in audita pars"); quedan así en suspenso los principios de bilateralidad y contradicción. Esta situación -también debido a la naturaleza de la medida cautelar, que exige la prontitud para el logro de sus fines-, no implica peyorar al afectado por la medida cautelar del derecho de defensa, el mismo que se encuentra presente en el proceso cautelar al quedar expedido el recurso de apelación contra el auto que concede la medida.

c. El proceso es autónomo: Lo es debido a que contiene una pretensión distinta a la del proceso principal. La pretensión en el proceso cautelar es asegurar el fallo que en el proceso principal recaiga. Sin embargo no es independiente del proceso principal pues solo existe en función del fallo que se dicta en este, cuya realización pretende asegurar.

d. La decisión final sera un auto: Esto a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los procesos donde la resolución final es una sentencia.

B. MEDIDA CAUTELAR: Es un instituto procesal cuyo fin es asegurar el cumplimiento eficaz de una sentencia y que consiste en adelantarse ciertos efectos de esta última. Su concesión está sujeta al cumplimiento de los requisitos que señalamos a continuación:

a. Apariencia de derecho ("Fumus boni iuris"): Es decir que el jugador para conceder una medida cautelar no necesita tener la certeza del derecho que se invoca en la demanda, basta con que este derecho aparezca como verosímil.

b. Peligro en la demora: Esto significa que la no concesión de la medida cautelar solicitada determinará que el tiempo que demore el proceso principal haga que al momento de expedirse el fallo definitivo este devenga en inejecutable.

c. Contracautela: Quien solicitó y resultó beneficiado con una medida cautelar, debe hacerse responsable por los perjuicios que esta pueda ocasionar a su contrario en caso de desestimarse en la sentencia; la pretensión principal contenida en la demanda; por tanto quien solicita una medida cautelar, deberá constituir una garantía suficiente en previsión del daño que pueda originarse.

Esto responde a que el otorgamiento de una medida cautelar en razón de fundarse en la "aparición de derecho" conlleva un riesgo para el afectado por ella.

La medida cautelar tiene las siguientes características:

a. **Jurisdiccionalidad**: Únicamente puede provenir de una decisión del órgano jurisdiccional, por lo que su concesión dependerá del criterio del Juez.

b. **Provisionalidad**: La medida cautelar constituye un arreglo de carácter temporal y su vigencia se encuentra supeditada a la expedición de un fallo definitivo. Luego de esto la medida, como tal, perderá sus efectos pues ya habrá cumplido la función correspondiente a su naturaleza.

c. **Instrumentalidad**: Tiene este carácter en razón de que constituye un medio para asegurar la realización de lo ordenado en el fallo definitivo de un proceso, con lo que se asegura la eficacia de la Administración de Justicia.

d. **Variabilidad**: Si tenemos en cuenta que la base para la concesión de la medida cautelar fue la aparición de derecho, veremos que es perfectamente posible que durante el desarrollo del proceso aparezcan nuevos elementos que hagan variar la concepción que tuvo el Juez en el momento que otorgó la medida cautelar. En este caso el Juez podrá (de oficio o a petición de parte) modificar la medida cautelar o dejarla sin efecto.

e. **Implica un Prejuicio**: La medida cautelar conlleva un adelanto de opinión de parte del Juez, pues a través de ella el Juez ordena que se ocasionen efectos del fallo que el dictará más tarde en la sentencia.

C. TUTELA JURISDICCIONAL PREVENTIVA: También llamada tutela jurisdiccional cautiva, constituye hoy en día, una de las funciones más importantes dentro de la Jurisdicción entendida esta como el poder-deber de administrar justicia que tiene el Estado.

Esta tutela jurisdiccional se dirige a la protección de derechos que en el momento en que ella se hace efectiva no se encuentran lesionados, sin embargo, en ese entonces, existe la probabilidad de que ello ocurra (1). En estos casos el órgano jurisdiccional a través de su decisión evitará que se produzcan efectos posteriores debido a la desprotección de

un determinado derecho en un momento dado. Una de las principales finalidades de la tutela jurisdiccional preventiva consiste en lograr que los titulares de un determinado derecho no se vean obligados a motivar la acción de una justicia reparadora (2) - en procura de una protección jurisdiccional - por haberse verificado ya la lesión de su derecho: de este modo se previenen "posibles perjuicios o problemas que de no contar con una declaración judicial, podrían producirse más adelante" (3).

Reimundín, Bremberg y Dilato nos dan una idea acerca de la importancia de la tutela preventiva al afirmar que "si la misión del Estado se agotara en el ejercicio de una función repressiva, esto no sería suficiente para garantizar la paz social que el derecho tiene como fin tutelar. Es así que como contra partida a la mencionada función aparece la tutela preventiva vinculada a funcionar ambas como dos caras de una misma moneda" (4).

En cuanto a la manera cómo se administra la justicia preventiva diremos que en razón de que se actúa frente al "peligro de un daño jurídico" (5) es preciso, para su eficacia, un procedimiento especial que tenga la característica de ser sumísimo y urgente, además - y aquí se aprecia una diferencia importante respecto de las medidas cautelares- las decisiones que recaigan en el proceso de justicia preventiva serán definitivas. Con esto se pone fin al peligro de que se produzca una situación que de concretarse podría generar un conflicto en el plano de la llamada justicia reparadora.

II. ANALISIS DE LA RESOLUCION:

Como puede apreciarse de la lectura de la resolución en comentario, en ella está involucrada la cuestión de los alcances adjetivos del artículo 8 del Título Preliminar del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

"La Ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y en su caso la indemnización que correspondiere."

Previo al comentario oírmos conveniente hacer una síntesis de la ejecutoria objeto del análisis.

SINTESIS DE LA EJECUTORIA:

A. CUESTIONES DE HECHO:

-El tema de la ejecutoria versa básicamente sobre el manejo de las cuotas de una compañía, el mismo que conforme a sus estatutos estará encomendado a la

coparticipación de los Directores y Representantes de los Grupos de Acciones A y B.

-Aparentemente el conflicto de intereses se presenta cuando la administración de dichas cuotas es ejercida unilateralmente por uno de estos grupos.

-Los demandantes - accionistas - solicitan el Órgano Jurisdiccional que dicte una medida cautelar ordenando la conservación de los fondos sociales en Instituciones de créditos y en cuentas a nombre de la Sociedad, sin que esto prive a la Sociedad de disponer de sus recursos económicos.

B. ARGUMENTOS LEGALES:

-La Pretensión Principal del proceso fue la obtención de una medida cautelar, el trámite para ello fue sumísimo, se concedió la medida sin coner traslado a la otra parte; la decisión de primera instancia fue confirmada por la Corte Superior.

-El argumento central en que se sustentó la ejecutoria es el Artículo 8 del Título Preliminar del Código Civil.

C. CITA DE ALGUNOS FUNDAMENTOS DEL FALLO:

"... que este propósito cautelar ha inspirado al codificador del novísimo Código Civil de mil novecientos ochenta y cuatro al incorporar en el artículo Segundo del Título Preliminar, el derecho a exigir la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y en su caso la indemnización que correspondiere..."

"... Con esta importante adición - refiriéndose al artículo 8 del Título Preliminar - se salvaguardan los derechos con mayor eficacia y oportunidad sin necesidad de recurrir a un procedimiento contencioso ni que ello obste para cualquiera de los interesados ejercite sus derechos por esta vía..."

"... que la resolución - refiriendo a la que ordena la adopción de una "medida cautelar" - no tiene la categoría de sentencia por que no pone fin a ningún conflicto de intereses y por consiguiente no califica la fuerza y firmeza de cosa juzgada, y procede dictarse tanto como fuera de un Juicio..."

D. CITA DE ALGUNOS CONSIDERANDOS DEL VOTO SINGULAR DEL VOCAL REIVANDEZ PEREZ:

Citas

1. DÍAZ ROJO, Alfredo. "Temas de Derecho Procesal", Ed. Depalma. Buenos Aires, 1986, p. 94.
2. Al respecto J.E. Castagnoli y R. Di Zaccariga señalan: "La función más importante de la tutela jurisdiccional preventiva, "la acción que tiende a proteger derechos que aun no aparecen efectivamente lesionados pero sobre los cuales se teme la posibilidad de su frustración, que tiende a la acción de una justicia reparadora".
3. MENDOZA GALVE, Juan. "Temas de Derecho Civil", Editorial Rubinzal Editores, Lima Perú, 1987, p. 66.
4. Citado por J.E. Castagnoli y R. Di Zaccariga, Op. Cit. pp. 4 y 7.
5. DÍAZ ROJO, Alfredo. Op. Cit. p. 94.

-*... Que, la disposición contenida en el artículo I del Título Preliminar del nuevo Código Civil concede al Juegador la facultad de dictar medidas cautelares o de tutela jurisdiccional preventiva*

-*... que, estas medidas se deben adoptar de modo inmediato sin que sea necesario la citación previa de la otra parte para la adopción de medidas que las circunstancias requieran; a que por la propia naturaleza de las medidas cautelares estas se tratan inaudita parte; pues de lo contrario y de acuerdo con la doctrina, se desnaturalizaría la providencia urgente que se requiere adoptar y por ello, normalmente, se establece un procedimiento unilateral y/o contradicción de la audiencia se verifica mediante los recursos de apelación o de sustitución de la medida cautelar...*

Resulta evidente la confusión en que se ha incurrido con los conceptos de medida cautelar y tutela jurisdiccional preventiva, incluso se llega a entenderlas como una sola institución sin ninguna diferencia entre ellas, tal como se nota en los puntos señalados precedentemente.

Debemos precisar que si bien ambas instituciones se orientan a garantizar la eficacia de la función jurisdiccional, actuando ante la previsión de un daño, se distinguen por cuanto en el caso de la medida cautelar el daño que se pretende evitar es aquel que se produciría al no ser posible el cumplimiento de lo ordenado en una sentencia judicial, mientras que la tutela jurisdiccional preventiva se dirige a impedir la producción de el daño que se ocasionaría al lesionarse un derecho, para lo cual actúa evitando que la afectación al derecho se concrete.

Otra distinción la encontramos en el carácter de instrumentalidad que tiene la medida cautelar, pues esta se debe a garantizar la posibilidad de realización de la sentencia de un proceso principal; esto se contrasta con la característica de independencia que tiene la tutela preventiva cuyo "proceso se basta a sí mismo" (6).

Por otro lado - como expresamos en los Aspectos Preliminares - mientras la medida cautelar tiene como característica la volatilidad, la decisión emanada de un proceso de tutela preventiva tiene categoría de sentencia, por lo que es definitiva y no provisional.

Debemos señalar, además que si bien la tutela preventiva comparte con la medida cautelar la necesidad de un procedimiento sumarisimo y urgente, este procedimiento en la tutela jurisdiccional preventiva, respeta el principio de la bilateralidad o contradicción en todas sus fases, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la medida cautelar en cuyo proceso este principio sólo se encuentra verificado mediante los recursos de oposición o apelación.

II. ASPECTOS ADJETIVOS CONTENIDOS EN EL ARTICULO I DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL:

La institución del abuso del derecho se encontraba contemplada ya en el artículo segundo del Título Preliminar del Código Civil de 1935 (7); sin embargo carecía de los alcances procesales con los que cuenta en la actual legislación civil.

En el código civil anterior se establecía el carácter legal del abuso más no se regulaba expresamente ningún mecanismo para contrarrestarlo. Hoy por el contrario el Código Civil de 1984 establece que el interesado puede exigir se adopten las medidas tendientes a evitar o suprimir el abuso y a solicitar la indemnización que corresponda por los daños que al verificarse el abuso se originen.

Estas "medidas" creemos que no tienen la característica de provisionalidad propia de la medida cautelar. Como se ha señalado la provisionalidad de la medida cautelar responde a la función que ella cumple, esto es, garantizar la eficacia de la Justicia que emana de una Sentencia, es por ello que la medida cautelar está a expensas de lo que establezca el fallo definitivo del proceso.

El artículo I del Título Preliminar del Código Civil de 1984 al hablar de "medidas" emplea sintácticamente una terminología errónea en la ciencia procesal; ya que lo que realmente se conagra en este precepto es la posibilidad del interesado de procurar una decisión judicial que contrarreste el abuso pero que a diferencia de la medida cautelar tenga el carácter de definitiva, además en uno de sus extremos conagra la institución de la tutela jurisdiccional preventiva al establecer que "... el interesado puede exigir se adopten las medidas necesarias para evitar (...) el abuso...", aquí se hace referencia a una decisión judicial que establezca una situación jurídica (sentencia)

la cual si bien es cierto debiera reunir para su expedición las características de sumarisidad, urgencia y prevención - en tanto se refiere a evitar el daño que se pueda causar con el ejercicio abusivo de un derecho - no reúne la característica de la provisionalidad por ser una resolución final de carácter definitivo, sin perjuicio de la posibilidad que existe de apelar esta resolución, lo cual no menoscaba su carácter definitivo.

Resulta de este modo que el proceso por abuso del derecho tal como lo concibe el artículo I del Título Preliminar, implicará siempre una "medida" de carácter definitivo, que en algunos casos tiende incluso a evitar la producción de un daño y por lo tanto de un conflicto originado por el ejercicio irregular de un derecho.

Descrito así el panorama, interesa saber qué rol juegan las medidas cautelares en un proceso por abuso del derecho según el Artículo I del Título Preliminar del Código Civil. Consideramos que, como se ha explicado, las mal llamadas "medidas" aludidas en la norma son consecuencia de una sentencia y no de una providencia cautelar. Sin embargo las medidas cautelares caben perfectamente dentro de un proceso por abuso del derecho, pues de acuerdo a la ciencia procesal, no existe procedimiento en el cual si las circunstancias lo requieren no se pueda dictar una medida cautelar. El proceso por abuso del derecho no constituye la excepción.

El aún vigente código de procedimientos Civiles de 1912 si bien ha confundido el género - medidas cautelares - con la especie - embargo preventivo - ha contemplado en su Artículo 223 ubicado en la parte general aplicable a todo procedimiento, la utilización de este último como "medida destinada a asegurar el resultado del juicio".

El nuevo Código Procesal Civil recientemente promulgado y cuya vigencia se inicia el año 1993, establece la modificación del artículo I del Título Preliminar del Código Civil. De acuerdo a la Primera Disposición modificatoria del Nuevo ordenamiento procesal civil, la redacción del artículo será la siguiente:

"La ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho. Al demandar, el afectado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso".

Aquí vemos que se hace una clara distinción entre lo que es la demanda

Citas:

6. Ib. item p. 94

7. Artículo I del Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1935: "la ley no ampara el abuso del derecho."

cuya pretensión es suprimir o evitar el ejercicio abusivo de un derecho, y lo que es la posibilidad de solicitar medidas cautelares dentro de este proceso. Consideramos que este nuevo texto del artículo II del Título Preliminar contribuyó a evitar que se produjeran confusiones como la que es objeto del comentario.

IV. NECESIDAD DEL REPLANTEAMIENTO DEL TEMA DE LA MEDIDA CAUTELAR EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL PERUANO.

Es cierto que nuestro antiguo Código de Procedimientos Civiles aún vigente no analiza en forma orgánica la institución de la medida cautelar, reduciendo su estudio en la materia solamente al embargo preventivo en todas sus variantes, lo cual a llevado a muchos estudiantes de derecho, abogados, y jueces nacionales, a pensar que el tema cautelar es sinónimo del tema del embargo; sin embargo con el transcurso de los años se han ido conceptualizando instituciones jurídicas nuevas que reúnen las características, requisitos y cumplen la función de la medida cautelar; se habla así de la orden de señalar domicilio o constituir apoderado en caso que existan dudas fundadas que la persona con quien se pretende litigar o que lo es responsable se ausente del lugar (art. 119 del Código de Procedimientos Civiles); la orden de no ausentarse del país (artículo del D. Leg. 128).

Sin embargo es cierto que resulta "necesario partir de una verdad incontrovertible, no va a existir ordenamiento jurídico alguno, que contenga todas las supuestas que la realidad nos pueda ofrecer, la rigidez de esta última es infinita. En materia cautelar la verdad citada está totalmente ratificada. Por mucho esfuerzo que ponga el legislador en normar la medida cautelar a partir de la clasificación más vasta que haga, siempre van a presentarse medidas cautelares de aplicación específica para el proceso en que se solicita no se encuentren normadas". (6)

Es por ello, y atendiendo a la naturaleza de la institución cautelar, cuya finalidad abstracta es la de garantizar la eficacia de la función jurisdiccional, que creemos que debe ser factible el otorgamiento de una medida cautelar en cualquier proceso en que ésta sea necesaria para asegurar la realización de un fallo definitivo, aún en los casos para los cuales la norma no ha previsto expresamente la medida cautelar.

Hasta hoy son pocos los magistrados que se han "atrevido" a ejecutar medidas

cautelares no contempladas expresamente en nuestra legislación, cuando pese a ello la naturaleza y las circunstancias del caso lo requieren. Esta situación creemos que se ha debido a los siguientes factores:

A. Las facultades del Juez. Confronto con un legislación procesal civil de franco inspiración dispositiva, bajo la influencia de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil Española que se remonta a 1851, se ha ido reduciendo la función del Juez a la de un árbitro con facultades limitadas, cuya casi única misión es aplicar la ley, exagerando la orientación prevalente, siendo convalidadas las reglas, v.g. artículo 340 del Código de Procedimientos Civiles y algunas sobre actuación de ciertos pruebas, que dan margen a la libertad de éste. Cuan distintas habrían sido los casos de haberse determinado y comprendido que "Siendo el proceso civil un fenómeno social de masas" y su finalidad: "la paz social en justicia. Toda actividad del Juez dirigida a dicho fin será válida" (9).

B. Falta de un procedimiento cautelar genérico. A lo señalado en el punto anterior se añade una problemática mucho más específica como es el hecho que hasta la fecha no ha habido un tratamiento integral del tema cautelar en nuestra legislación.

Creemos en la conveniencia de una norma que abra las puertas a que la labor jurisdiccional en materia cautelar no esté restringida a lo establecido usualmente por la ley. Una función jurisdiccional que en su labor cautelar abarca el ámbito no previsto taxativamente por la ley se emana dentro de la denominada Tutela Cautelar lineámenada; esta tutela contempla a la medida cautelar genérica, institución sancionada por diversos códigos procesales modernos (10). Esta línea es la seguida por nuestro nuevo Código Procesal Civil en el marco del tratamiento integral que le da a la medida cautelar; la medida cautelar genérica está contemplada en el artículo 629 del nuevo ordenamiento procesal (11).

Con respecto a la medida cautelar genérica Padetti señaló que es "la que el Juez puede dictar atendiendo a las necesidades del caso, sino existe una ley específica que sostenga la falta de aseguramiento".

J.E. Castagnet y H.D. Barbuena mencionan entre los códigos que contemplan esta medida cautelar a la Ordenanza Procesal Civil Alemana (Z.P.O.) y citan que fue con ella que aperturamen-

te vio la luz "una disposición amplia que permitiera al tribunal dictaminar a su arbitrio las medidas necesarias" (12) estos autores también hacen referencia al Código Procesal Civil Italiano de 1940 (13) el cual establece "la facultad genérica de dictar "providencias de urgencia" adecuadas a las necesidades que impongan las circunstancias" (14); Cornelini expresa que son aquellos que "el legislador ha creído que debía prever genéricamente por el temor de que la necesidad a la que responde el proceso cautelar se manifieste en formas diversas de las formas conocidas de la custodia y de la inspección preventiva" (15).

El ordenamiento procesal argentino consagra esta institución en la sección séptima del Código en los artículos 232 y 233. Alfredo Di Iorio afirma al respecto que "Esto no solo habilita a adoptar una medida absolutamente diferente de las reguladas en el Código, sino que también admite una flexibilidad en el otorgamiento de las previstas mediante su adaptación a las particulares situaciones de hecho que se tiene en mira o en la combinación de dos o más medidas" (16).

El ser peticionarios del otorgamiento de medidas cautelares para todos los casos en que sean necesarias prescindiendo de una impositiva legislación taxativa para cada supuesto, no implica el sostener que al hacer esto el Juez deba perder de vista las características de ella y los requisitos de que su otorgamiento precisa. En este sentido Alfredo Di Iorio manifiesta que "(...) si bien la norma otorga al Juez una facultad discrecional muy grande, esto no significa que pueda apartarse de los presupuestos básicos de las medidas cautelares, por lo que debiera requerir la acreditación de la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y el otorgamiento de una contracautela teniendo presente además los caracteres genéricos ya estudiados" (17).

V. NECESIDAD DE UNA REGULACION ORGANICA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVENTIVA.

Habiendo visto que el Artículo II del Título Preliminar hace referencia a la Tutela Jurisdiccional Preventiva, debemos precisar que la mayor dificultad que esta institución ha afrontado en nuestro país es su falta de regulación orgánica, pues a excepción del procedimiento de haberes coteros y de embargo conmutatorio en la ley 2356 y demás modificatorias, así como de algunas infracciones no existe en nuestra legislación un tratamiento del tema, encontrándonos así frente a la inexistencia de un procedimiento sumario y urgente que permita obte-

Citas:

6. MONROY GAZISE, Ann. Op. cit. p. 38.

7. E. Ib. ibem. pp. 17 y 80.

8. CARAGNAT J.E. y BARBUENA H.D. Op. cit. p. 28.

9. Artículo 699 del nuevo Código Procesal Civil Peruano de 1997. "Medida Cautelar Genérica".

10. Artículo 699 del nuevo Código Procesal Civil Peruano de 1997. "Medida Cautelar Genérica". Asimismo de la medida cautelar regulada en este Código y en otros dispositivos legales, se puede aplicar y resolver una no prevista, pero que asegure esta tutela de acuerdo a las circunstancias de cada caso (Artículo II del Título Preliminar).

11. CARAGNAT J.E. y BARBUENA H.D. Op. cit. p. 28.

ADVOCATUS
 ADVOCATUS
 ADVOCATUS
 ADVOCATUS
 ADVOCATUS
 ADVOCATUS
 ADVOCATUS
 ADVOCATUS
 ADVOCATUS
 ADVOCATUS
 ADVOCATUS
 ADVOCATUS
 ADVOCATUS
 ADVOCATUS
 ADVOCATUS
 ADVOCATUS
 ADVOCATUS

ner un fallo definitivo mediante el cual se evite el ejercicio abusivo de un derecho y por lo tanto la producción de un probable daño, siendo lógico suponer que la vía a seguir en la actualidad solamente puede ser el procedimiento ordinario (18), el mismo que para cumplir con la finalidad de ser preventivo, necesariamente desde el tiempo que transcurre hasta la sentencia, tendrá siempre que acudir a la necesidad de la medida cautelar.

Marcial Rubio respecto al artículo 1 del Título Preliminar afirma lo siguiente:

"Esta consideración implica una reforma procesal, pues la acción por abuso deberá ser tramitada por el procedimiento ordinario de acuerdo con las normas vigentes y resulta innecesario decirlo, mediante esta vía es imposible lograr un oportuno evitamiento" (19).

Como podemos ver el proceso ordinario de nuestro viejo Código de Procedimientos Civiles está muy lejos de coadyuvar al logro de los fines de la Tutela Jurisdiccional preventiva.

El nuevo Código Procesal Civil contempla en su Título II el proceso sumarísimo, en el que según su artículo 545 se tramitarán aquellos asuntos que no tienen una vía procedimental propia y el Juez considere necesario su empleo, atendiendo a la urgencia de la tutela jurisdiccional. Consideramos que de esta manera se está estableciendo la vía en la cual podrá subsanarse una demanda de tutela jurisdiccional preventiva; de este modo se llena un vacío que durante mucho tiempo se pretendió cubrir indolentemente con el procedimiento ordinario de

nuestro viejo ordenamiento procesal. Entre los asuntos a ser tramitados mediante el Proceso Sumarísimo el Código Procesal abarca figuras tales como los Interdictos (sub capítulo 5to del Título II) y la Sentencia de condena de futuro (art. 584) que son expresiones de la Tutela Jurisdiccional Preventiva (20).

Reiteramos que incluso ante la existencia de un procedimiento urgente y sumarísimo para la Tutela Jurisdiccional preventiva, nada impidió que cuando las circunstancias así lo requieran acudamos nuevamente a las medidas cautelares en el marco de dicho proceso, ya que se trata de instituciones que son diferentes pese a estar vinculadas por el logro de la eficacia en la Administración de Justicia que ambos pretenden alcanzar.

CONCLUSIONES:

1. El art. 1 del Título Preliminar del Código Civil hace referencia a decisiones de carácter definitivo, dentro de las cuales se encuentran las correspondientes a la Tutela Jurisdiccional Preventiva. No existe en cambio a las medidas cautelares en el sentido indicado en la resolución sub-examina.

2. Las medidas cautelares tienen como finalidad asegurar la posibilidad de ejecución del fallo definitivo de un proceso.

3. La Tutela Jurisdiccional Preventiva es uno de los aspectos más importantes de la Jurisdicción, que se expresa a través de un proceso que tiene por finalidad la

emisión de un fallo definitivo anticipándose a la lesión de un derecho, evitando así la producción de un conflicto de intereses en el plano de la justicia reparadora.

4. Las medidas destinadas a evitar o suprimir el abuso del derecho son definitivas y deben provenir de un procedimiento breve y sumario, y si las circunstancias así lo requieren se procederá al dictado de medidas cautelares.

5. Hasta la actualidad la inexistencia de una regulación orgánica de los institutos procesales de la medida cautelar y la tutela jurisdiccional preventiva, ha hecho imperioso - para evitar la producción de un daño motivado por el abuso de un derecho - el solicitar medidas cautelares dentro de un procedimiento ordinario.

6. La ignorancia de la naturaleza de la medida cautelar, la falta de una regulación orgánica de esta institución y de la conciencia del rol que el proceso civil cumple dentro de la sociedad han determinado que hasta hoy sean pocos los magistrados que han concedido medidas cautelares en todos los casos en que hayan sido necesarias, restringiendo su aplicación a los prescrito taxativamente por la ley.

7. En el caso materia de la ejecutoria analizada, la solicitud debió ser tramitada por la vía de un procedimiento ordinario dada la no existencia de un procedimiento urgente y sumarísimo para la tutela jurisdiccional preventiva, en ese momento.

Citas:

16. BORDO, Alfredo. Op. cit. p. 118.
 17. Ib. idem: 119.

18. Artículo 26 del Código de Procedimientos Civiles del Perú (1972). "Se ventilarán en juicio ordinario los cuestionamientos que no tienen habilitación especial señalada en este Código, y que solo reúnan el monto de veinte sueldos mínimos vitales señalado para la Industria y Comercio para la provincia de Lima, según se lo fuese de Procedimientos del Año Judicial que se integre o la demandado o se inspecciona en dinero."

19. RIVERO CORREA, Maxwell. "Para leer el Código Civil II: Título Preliminar". Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2da. Edición, 1986, pp. 46 - 49.

20. CATAGNET J.E. y BARBERENA M.B. Op. cit. p. 7.



Exp. N° 597 - 87
LIMA.

2da. Sala Civil
Lima, once de Agosto de mil novecientos ochentisiete

Lima, once de Agosto de mil novecientos ochentisiete. - AUTOS Y VISTOS, en DISCORDIA, con la instrumental presentada en esta instancia; por sus fundamentos; y CONSIDERANDO, además que la solicitud de fojas doscientos sesenta a doscientos setenta y seis, tiene por finalidad la adopción de medidas urgentes adecuadas e indispensables para la inminente producción de un daño, esto es, cautelar intereses sociales en los cuales tanto Don Alfredo Luis Saruli Andrease como Don Luis Ubillos Garbaza y Doña Patricia Ubillos de Garavito, tienen participación; que, del examen de la instrumental acompañada se desprende que el manejo de los fondos, conforme los Estatutos está encomendada a la coparticipación de los Directores y Representantes de las Acciones de los Grupos A y B desconfiándose por consiguiente, que la administración puede ser ejercida unilateralmente por los representantes de cualquiera de los grupos de acciones; que las medidas dictadas por el Juez en esencia, responden a los términos y condiciones estipuladas en los Estatutos que integran el pacto social y a lo previsto por el artículo ciento ochentuno inciso quinto de la Ley General de Sociedades, que prescribe que la concertación de los fondos sociales se haga en Instituciones de Crédito y en cuentas a nombre de la Sociedad; que, esta regulación, perseguida a través de las medidas cautelares no priva ni limita a la Sociedad del derecho de disponer de sus recursos económicos conforme a sus Estatutos y a la ley, ni afecta eventuales derechos crediticios de terceros; que, este propósito cautelar, ha inspirado al codificador del novísimo Código Civil de mil novecientos ochenta y cuatro, al incorporar en el artículo segundo del Título Preliminar el derecho a "exigir la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso, y en su caso, la indemnización que corresponda", de tal suerte que con tal dispositivo no sólo se recusa en el ejercicio del derecho, sino además conjura el riesgo del daño que pudiera sobrevenir; que, hasta antes de la promulgación del Código Civil de mil novecientos ochenta y cuatro, las únicas medidas cautelares recogidas en nuestro ordenamiento legal estaban reducidas, al embargo preventivo y a la anotación preventiva de la demanda, lo cual obviamente resultaba insuficiente para atender las nuevas exigencias derivadas de las complejas relaciones de la vida moderna; que, con esta importante adición se salvaguardan los derechos con mayor eficacia y oportunidad sin necesidad de recurrir a un procedimiento contencioso ni que ello abste para que cualquiera de los interesados ejercite su derecho por esta vía; que, por su naturaleza y finalidad, estas medidas cautelares participan de los mismos características del embargo preventivo, esto es, que no requieren de citación previa a la parte comprometida artículo doscientos cuarenta del Código de Procedimientos Civiles; que, la resolución no tiene categoría de sentencia porque no pone fin a ningún conflicto de intereses y por consiguiente no adquiere la fuerza y firmeza de cosa juzgada y, procede dictarse dentro como fuera de un juicio; que la acción cautelar no es más que una tentativa a obtener providencia, llamada cautelar que conservando el estado de hecho y jurídicamente, incierta o controvertida, evita el peligro que en virtud de posibles o probables eventos naturales o voluntarios, sean ocultos o restringidos aquellos intereses jurídicos de derecho sustancial o procesal, tutelados por el Derecho Objetivo que de tal situación del van o puedan derivar, mientras está pendiente un proceso o en previsión de un proceso futuro como afirma Ugo Rocco (Tratado de Derecho Procesal Civil Tomo Quinto, Editorial de Palma mil novecientos setenta y siete, página ochenta y nueve) tratadista que señala como principales características a) la cognición sumaria, b) su carácter urgente, c) su temporalidad o provisoriedad y d) su carácter preventivo; que, este mismo criterio es compartido por Enrico Redenti (en su obra de Derecho Procesal Civil, Tomo Segundo, Buenos Aires Editorial mil novecientos cincuenta y siete) página doscientos setenta y siete y siguientes y por Juan Morrey Gómez (en su reciente obra Temas de Proceso Civil, Librería Studium, mil novecientos ochenta y siete, página treinta y cinco) quien citando a Calamandrei, la tute la cautelar es en relación al derecho sustancial, una tutela mediata; más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia; que, finalmente cabe precisar que la legitimidad del recurrente para actuar no sólo resulta de los testimonios con los que recauda su petición, sino principalmente del mutuo consenso que consta de la Carta Notarial de doce de enero último presentada en esta instancia por la que se establece que el acto jurídico de la venta de sus acciones quedó sin efecto tal como lo dispone artículo mil trescientos treinta del Código Civil, que, el mutuo consenso puede ser celebrada por los partes en cualquier momento como expresión resolutiva de la autonomía de la voluntad constituyendo una forma de extinguir obligaciones y no una forma de crear y transmitir derechos, que, de tales no aparece que se perjudique el derecho de tercero, toda vez que el mutuo consenso no constituye una venta ni permite ejercitar el derecho de preferencia previsto en los Estatutos Sociales, máxime si los testimonios de Escrituras Públicas que obran en autos no se han modificado, sufriendo por tanto sus efectos legales y que la medida cautelar respecto a la obtención de usar los automóviles que se indican se confiere sólo al uso en provecho personal o familiar; y, con los fundamentos aparte del Señor Vocal Fermín Pérez CONFIRMARON la resolución apelada de fojas doscientos setenta y siete, su fecha veintisiete de enero último, y la de fojas trescientos veintidos de fecha once de febrero último, que adopta las medidas



cautelativas solicitadas en los escritos de su referencia; con lo demás que contiene y es materia de la citada y los señores REYES RÍOS/VASQUEZ CORTÉZ/FERNÁNDEZ PÉREZ.

EL SECRETARIO QUE SUSCRIBE CERTIFICA QUE LOS FUNDAMENTOS DEL SEÑOR VOCAL FERNÁNDEZ PÉREZ SON COMO SIGUE: con la instrumental presentada en esta instancia; y, CONSIDERANDO además; a que, la finalidad de las medidas cautelares o de tutela preventiva es evitar un perjuicio o la inminencia de un daño; a que la disposición contenida en el artículo segundo del Título Preliminar del nuevo Código Civil concede al Juez la facultad de dictar medidas cautelatorias o de tutela judicial preventiva en favor de quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en un proceso civil, se halle o esté amenazado por un perjuicio inminente e irreparable; a que, esas medidas se deben adoptar de modo inmediato sin que sea necesaria la citación previa de la otra parte para la adopción de las medidas, que las circunstancias requieren; a que por la propia naturaleza de las medidas cautelares éstas se traban "inoudita parte", pues de lo contrario y de acuerdo con la doctrina se desnaturalizaría la providencia urgente que se requiere adoptar y por ello, normalmente, se establece un procedimiento unilateral y el principio de bilateralidad y/o de contradicción de la audiencia se verifica mediante los recursos de apelación o de sustitución de la medida cautelar, tal como ocurre en el caso del embargo preventivo según el artículo doscientos cuarenta del Código de Procedimientos Cíviles; a que, en el presente caso el recurrente, ha acreditado los fundamentos que justifican su petición con la instrumental acompañada; a que, la medida cautelar adoptada persigue el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso quinto del artículo ciento ochentidós de la Ley General de Sociedades; a que, la medida cautelar citada no sólo no perjudica a ninguna de las partes, sino que además, persigue dar fiel cumplimiento a la citada norma legal protegiendo los intereses de las propias sociedades involucradas, del Fisco, los trabajadores y los ferrocarriles; a que las medidas cautelares se encuentran admitidas en el Código Adjetivo y en las leyes especiales, en el caso del embargo y en el juicio de alimentos cuando se trata de la orden de impedimento de salida y en el Código Civil de mil novecientos ochentidós, entre otros, cuando el Juez ordena anotar la demanda (artículo dos mil diecinueve, inciso séptimo), cuando un edificio amenaza ruina se pueden adoptar medidas preventivas (artículo novecientos cincuenta y seis), también en el nombramiento de curador interno (artículo cuarentiseis segunda parte) y en la norma amplia del artículo segundo del Título Preliminar del Código Civil citado; que en todos estos casos no se trata de una sentencia, sino de medidas cautelares o de tutela judicial preventiva, los cuales son susceptibles de oposición y apelación; que en cuanto a la alegación formulada en esta instancia por don Luis Urbán Garbazo acerca de la falta de legitimidad por parte de don Luis Sarkis Andúrese para actuar, ésta no resulta fundada en razón del mutuo consentimiento que se acredita con la instrumental presentada en esta instancia, cuyo mérito probatorio no ha sido enervado, lo cual establece que el acto jurídico de venta de sus acciones quedó sin efecto, tal como dispone el artículo mil trescientos trece del Código Civil, MI VOTO es porque se CONFIRME...

LOS FUNDAMENTOS DEL SEÑOR REYES RÍOS SON LOS SIGUIENTES: Con la instrumental presentada en esta instancia; y CONSIDERANDO: que es necesario dejar establecido que las medidas precautelativas por su naturaleza deben ser ejercitadas y ejecutadas sin conocimiento del emplazado; que la legitimidad del derecho que les asiste a las partes en el presente caso, como co-participes en las proporciones que aparecen de las escrituras de constitución de las diferentes empresas de fojas uno y siguientes, deben estar protegidas en igualdad de condiciones, como conforme se consagra en el artículo segundo de la Constitución Política del Estado; que si bien en el actual Código Civil se establecen ciertas reglas de procedimiento, sin embargo, por su naturaleza jurídica ni pueden ser aplicables por simple analogía, dado que las reglas de procedimiento son de orden público y por lo tanto de obligatorio cumplimiento; que siendo así la norma que contiene el artículo segundo del Título Preliminar del Código Civil son efectivamente de orden procesal, cuya forma no está debidamente establecida por lo tanto debe aplicarse interpretándolo en su sentido amplio; que en efecto, cuando dicho dispositivo prevé la forma de control sobre el abuso del derecho, dice que el interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso, por lo tanto, no se da ninguna facultad al Juez para que adopte las medidas necesarias a fin de evitar o suprimir el abuso, las que necesariamente deben estar y ser por ahora sometidas a los procedimientos establecidos por la ley, conforme se consagra en el referido artículo segundo inciso veinte y artículo doscientos treinta de la Constitución Política del Estado; que constituyendo las normas del Título Preliminar del Código Civil, garantías genéricas aplicables a todo tipo de situaciones jurídicas, deben ser de aplicación en particular para cada caso en concreto como se contempla para las situaciones de las relaciones familiares en los artículos doscientos noventa y dos, doscientos noventa y siete o seiscientos treinta y cinco inciso cuarto del Código Civil y artículo doscientos veintinueve o mil doscientos diez del Código de Procedimientos Cíviles, tanto más, que como se indica por el propio actor en un escrito presentado en esta instancia con fecha veinte de mayo entre las partes existe en trámite un proceso sobre enriquecimiento indebido e indemnización; MI VOTO es que se REVOQUE la resolución de fojas doscientos setenta y nueve, su fecha veintiseis de enero del presente que ampara la petición de fojas doscientos setenta y ocho, disponiendo las medidas que de esta misma aparece, la que DECLARARON IMPROCEDENTE.