

LA PÓLIZA JUDICIAL EN EL PROCESO CAUTELAR

MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ

Abogada y Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Postgrado en la Universidad de Suamerica.
Profesora en la Universidad de Lima y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

I. Descripción de la situación problemática.- II. La construcción teórica de la asimetría cautelar: 1. La tutela cautelar; 2. La contracautela; 3. El contrato de seguro; 4. La póliza judicial y la contracautela.- III. El rostro oculto de la contracautela: 1. La fijación de la contracautela; 2. La ausencia de la contracautela en la ejecución; 3. Diagnóstico de la situación.- IV. Los mitos de la ejecución cautelar.- V. ¿hacia dónde ir?.- VI. Conclusiones.

I. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

1. Un acto frecuente cuando se busca tutela cautelar –en sede judicial– es recurrir al “juramento” para asegurar los daños posibles que pueda generar la ejecución cautelar. Este mecanismo calificado de como contracautela, está regulado en el artículo 613 del Código Procesal Civil, que dice: *“la contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el Secretario respectivo.”*

Bajo la fórmula “jura (o promete) resarcir los daños que pueda ocasionar con la ejecución cautelar” el beneficiado con la medida cautelar garantiza al demandado el resarcimiento. Si bien, el juramento es a todas luces un acto válido y regulado en el Código Procesal, no necesariamente es idóneo para el objetivo que se busca asegurar.

No es que dudemos del juramento de las personas, ni que seamos escépticos, con esos actos de buena fe que asume el demandante para el demandado, sino que esa credibilidad se ve trastocada no en el juramento en sí, sino en la capacidad económica de quien la otorga. Hay que recordar que la razón de ser de la contracautela es la indemnización, y por tanto, esa exigencia tendrá que ser satisfecha –con éxito– en la medida que el demandante tenga bienes o derechos crediticios con qué responder por el daño causado con la ejecución cautelar. Basta que el actor beneficiado con la medida alegue y demuestre que no tiene bienes o derechos para que el resarcimiento se tome en una situación inalcanzable. Tanto los bienes como los derechos forman parte del patrimonio de una persona física o jurídica, destinado no solo a la satisfacción de sus necesidades sino a garantizar sus responsabilidades. Los derechos, que pueden ser de naturaleza real y personal, así como los bienes que lo integran tienen que ser susceptibles al tráfico jurídico del comercio entre los hombres. Es importante precisar ello porque los derechos que no reúnen estas condiciones, no forman parte del patrimonio, aunque pertenezcan a su titular.¹

Frente a esta situación una de las interrogantes que nos planteamos se orienta a reflexionar **si el juramento como expresión de contracautela, es un mecanismo idóneo para asegurar el resarcimiento;** esto es, el riesgo que encierra la ejecución de la medida cautelar y que la asume el solicitante de la medida, bajo su cuenta, costo y riesgo, está cubierto adecuadamente por este, o es solo una apariencia de garantía, pues, en el fondo, el simple juramento es una intención que no conduce a ningún aseguramiento real. Aún más, nos preguntamos si sería necesario brindar ese juramento para que la indemnización sea exigible. Si esto fuera así, ¿dónde quedaría la regla que “todo aquel que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo?”²

¹ Véase el caso de los derechos personales, que son atribuidos a las individuos en razón a sus cualidades personales y por lo tanto no transmisibles; por ejemplo: los derechos honoríficos o nobiliarios. Ellos no pueden formar parte del patrimonio, a pesar de su contenido económico no cón tráfico por persona distinta de su titular.

² Ver artículo 1969 del Código Civil.

Aparentemente podríamos deslizar la idea que el juramento es una bonita ilusión pero que no cumple la función para la cual está diseñada, no porque no creamos en los juramentos como ya hemos señalado, sino porque no encierra en sí ninguna posibilidad real de resarcimiento.

Un hecho generador de esta situación descrita, es el marco normativo del Código Procesal que acoge esta forma peculiar de resarcimiento; sin embargo, a ello también concurre la posibilidad de la contracautela de naturaleza real. A pesar que el marco legal permite estas dos formas de contracautela, la inquietud preliminar que surge es conocer cuál de ellas tienen mayor incidencia en la actividad cautelar, para determinar la relevancia del tema en análisis.

En una investigación exploratoria realizada en los juzgados civiles de Lima³, obtuvimos el siguiente diagnóstico:

- De un universo de 100 solicitudes cautelares presentadas al interior del proceso, para asegurar pretensiones dinerarias, el 97% otorgó contracautela bajo juramento.
- Las medidas cautelares que se promueven fuera de proceso, son aseguradas –en mayor frecuencia– con una contracautela real.⁴

2. Uno de los mitos que se han construido sobre la teoría cautelar, conlleva a asociar exclusivamente la cautela, en atención a la pretensión jurídica por definir. Este mito, permite una mirada unilateral de la cautela, pues, se asocia esta con el derecho en debate; sin embargo, ello no es así, pues, hay que poner énfasis que al proceso cautelar concurren dos derechos que tutelar, simultáneamente, como es el derecho en litigio y el derecho al resarcimiento del daño por la ejecución cautelar.

En atención a ello, el juez cuando se acerque a dictar una providencia cautelar, no solo ponderará los elementos de la cautela sino que también ponderará en qué medida la garantía que se dicte a favor del actor podría generar daño al afectado con ella; esto es, tiene que hacer una proyección del impacto de ella sobre los bienes afectados y la probabilidad de daño que se pueda generar con determinado tipo de medida; sin embargo, de los casos analizados se apreció que todas las miradas aparecen concentradas en la petición del actor y adolecen de una relativa ceguera cuando se trata de apreciar el interés del ejecutado. Esto va a tener un efecto reflejo sobre el afectado con la cautela, cuando después de haber caminado a lo largo del proceso judicial resistiendo al actor, la jurisdicción llega al convencimiento que el demandante no tenía derecho. Lo que se trata es de buscar un sistema equilibrado en las tutelas cautelares, de tal manera, que asegure realmente a ambas partes la satisfacción de sus derechos y no solo de manera unilateral al demandante.

Una especial reflexión merece el pronunciamiento judicial⁵ que asume la idea que las pretensiones aseguradas con una medida cautelar, sobre las que ha recaído una sentencia

³ Dicha investigación tomó 100 muestras aleatorias de los siguientes juzgados civiles de Lima: 3, 18, 41, 47, 56, 59. Fue aplicada en los meses de enero y abril 2008 sobre procesos con pretensiones dinerarias.

⁴ Véase el caso del expediente No. 2375-2007, 66 Juzgado Civil de Lima. El juez anotó: "se observa que el solicitante ha ofrecido contracautela, es la realidad de coacción jurídica, con legalización de firma del solicitante; sin embargo, esta judicatura considera que la contracautela personal ofrecida no es suficiente por lo que en uso de la discrecionalidad que el artículo 613 del Código Procesal Civil otorga al juez, se dispone que la contracautela sea de naturaleza real o personal, por el monto de \$60,000 otorgándose la coacción jurídica, dejando la parte accionante libre para presentar, previamente a la ejecución de la medida solicitada". En atención a la exigencia del juzgado, se constituyó hipoteca unilateral que otorgó el solicitante con la medida. El actor constituyó a favor del 63 Juzgado Civil de Lima, primera y preferente hipoteca hasta por la suma de US\$ 46,000 dólares, sobre el inmueble de su propiedad. Posteriormente la demanda se declara improcedente y la discusión se plantea en los siguientes términos: ¿quién debe ejecutar la contracautela, pese a que se ha declarado la improcedencia de la demanda? ¿para levantar la hipoteca unilateral, requiere la ausencia del demandado del proceso?

⁵ Véase el caso seguido ante el 3 Juzgado Civil de Lima, expediente No. 01978-2005-2-1801-JR-CI-03. En la Resolución No. 10 se dice: "lo que mediante el escrito de fecha 8 de noviembre último, la demandada SERNIFLOTAS S.A. solicita ejecución de contracautela y se requiere a la demandada para que en el plazo de un día compare con resarcimiento con el pago de quince mil dólares americanos que corresponden a la contracautela constituida por el actor y ocupada por esta judicatura mediante resolución No. 1 de fecha 3 de febrero del 2005, bajo aprehensión de dar inicio a la ejecución forzada, según refiere. SEGUNDO: que, el artículo 613 del Código

improcedente, el afectado con la medida cautelar, no puede buscar la ejecución de la contracautela porque el artículo 621 Código Procesal Civil condiciona dicha posibilidad al supuesto de la sentencia infundada pero no para la que declara la improcedencia; entonces, si esto es así, nos preguntamos: ¿quién resarca los daños de la tutela cautelar al demandado? El sistema judicial debe diseñar mecanismos que permitan que la contracautela se comporte como un real medio de resarcimiento frente al daño que sufre una parte demandada o un tercero en la ejecución cautelar, al margen que la sentencia declare la improcedencia de la demanda.⁶

Precisamente, a la luz de los casos expuestos, el problema central de la investigación está orientado a reflexionar acerca de la desprotección de la cautela otorgada al afectado con la medida cautelar. Bajo un análisis de dicha desprotección vamos a encontrar causas que generan la situación problemática descrita, que no solo se va a focalizar en un inapropiado marco normativo, al acoger al juramento como mecanismo de resarcimiento del daño, sino que al apreciarse que la contracautela es inocua lleva muchas veces que los afectados prefieran asumir directamente el costo del daño, a tener que iniciar algún reclamo judicial a quien no tiene cómo satisfacer materialmente el daño. No solo se trata de un resarcimiento ofrecido pero no cumplido, sino que ello encierra un efecto mayor, el desprestigio del sistema judicial, pues es percibido bajo un modelo desproporcionado, orientado a cautelar con rapidez y eficacia la pretensión del demandante pero no, con esa misma intensidad, el objeto de tutela del ejecutado, generando así desprotección y desequilibrio a la cautela del demandado.

En la casuística analizada encontramos que no es frecuente que los afectados con la medida cautelar, pero asegurados bajo la contracautela por juramento, inicien las acciones legales para materializar la indemnización, todo lo contrario, la tendencia es a no reclamar. Hay factores que justifican esa inacción, como el tiempo y el costo del proceso, la incertidumbre y el desgaste emocional que encierra tener nuevamente que lidiar por la reivindicación del daño.

En el trabajo exploratorio también obtuvimos la siguiente información: el 90% de las pretensiones dinerarias aseguradas con medidas cautelares concluyen por sentencia, transacción u otros mecanismos especiales, a favor del beneficiado con la medida. Esto implica que existe un reducido número de demandados afectados con la ejecución cautelar, pues, la tendencia es que el aseguramiento dictado se convierta en la confirmación del derecho asegurado a futuro.

No debe ser una respuesta alentadora, es insignificante el número de procesos judiciales que se instauran para reclamar la indemnización al daño proveniente de la cautela; detrás de ello, hay reclamos y sentimientos que atender, tan igual que los que se brindó al ejecutado en su momento; sin embargo, no podemos mostrar un sistema equilibrado de tutela cautelar, todo lo contrario, nos avasalla una realidad que sostiene e impulsa privilegiadamente una tutela cautelar *pro octavo*, para quien la posterior impunidad resarcitoria será correlato de ella, bajo el simple argumento: no hay bienes con qué resarcir el daño. Al final, mostramos un instrumento de tutela cautelar avasallador para el afectado y con la más completa desprotección para este, en caso se genere un daño con esa ejecución.

Proceso Civil, dispone que si se declara infundada una demanda cuyo pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el actor de esta podrá ser condenado a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. TERCERO: a que en tal evento, es menester señalar que lo expuesto describe en la disposición procesal acordada, toda vez que en los autos principales no se ha evitado anterior al haberse declarado improcedente la demanda, encontrándose los autos ante el Superior Juzgado en grado de apelación. CUARTO: A que, a mayor abundamiento, el carácter de *innecesario* o *inofensivo* de una medida cautelar, no se da por cualquier causa de rechazo de la demanda, sino cuando esta última ha sido declarada infundada, pues ello significa que el derecho litigado en la demanda principal no fue acreditado en el proceso, caso diferente al de estar en el cual, la demanda fue declarada improcedente formalmente, y no salió precautionariamente de fondo respecto de la cuestión controvertida. QUINTO: A que por tales consideraciones, se declara IMPROCEDENTE la ejecución de la contracautela peticionada.

⁶ Como caso, es el que presentamos en el capítulo 3 del trabajo, referido al expediente en giro, No. 3866-2007, 48 juzgado civil de Lima, demandado interpuesto por Javier Germán Salazar con Banco Interbank sobre indemnización por el daño producido de la ejecución cautelar.

3. Si el demandado decidiera asumir la reivindicación de su derecho, a los gastos ya realizados para su defensa en el proceso que dio origen a la medida cautelar, tendría que aunar los gastos procesales por la indemnización a reclamar, ello implica ¿un sistema equilibrado de tutela?

Hasta el momento no hay una posición uniforme en los criterios judiciales acerca de la responsabilidad objetiva o subjetiva de esta. Si asumieramos la primera posición, nos llevaría a sostener que el hecho objetivo de la victoria del demandado sobre el ejecutante de la medida, le permitiría el resarcimiento, pues, se partiría de la afirmación que toda afectación cautelar encierra un daño; a diferencia de una posición subjetiva que involucraría las circunstancias que hubieren motivado al ejecutante de la medida para asumir el riesgo de ella. La ausencia de una definición normativa en la responsabilidad del ejecutante hace que dichas imprecisiones generen criterios contrarios en el tratamiento de la responsabilidad civil en torno al demandado vencedor, ejecutado con una medida cautelar.

Otro aspecto a considerar es que la ejecución cautelar no solo puede afectar al demandado sino que puede afectar los bienes o derechos de terceros. En este escenario, si fruto de la afectación cautelar se genera un daño a un tercero en la relación procesal, este liberará sus bienes, bajo los mecanismos de la desafectación o tercería. El artículo 624 Código Procesal Civil hace referencia a la desafectación.⁷ La norma busca autorizar que el tercero perjudicado con la afectación de su patrimonio pida el levantamiento de la medida, sin promover tercería. Además permite –por economía procesal– se presente la prueba documental necesaria para que a través de una sumaria información, bajo un trámite rápido y fácil, se declare la procedencia o no del levantamiento sin tercería. El éxito de esta desafectación está supeditada a la prueba clara y fehaciente del título de dominio, si se trata de un bien inmueble o de una información sumaria de posesión si la cosa fuese mueble.

Como se puede apreciar de la lectura del artículo 624 del Código Procesal Civil, la norma brinda un tratamiento conjunto a tres elementos de naturaleza distinta como son: las obligaciones de origen procesal (costas y costos), las multas (penalizaciones por incumplimiento de los deberes de parte) y los daños y perjuicios (resarcimientos civiles al sujeto que los sufre). La respuesta jurisdiccional a la trílogía señalada no tendrá como escenario el mismo proceso principal en giro. Los gastos procesales son asumidos por la parte vencida en la incidencia de la desafectación, sin embargo, se señala que la contracautela, “en atención a las circunstancias”, se pierde a favor del propietario ¿debe dilucidarse en un proceso independiente? Nótese que cuando la indemnización proviene por la afectación de la parte, señala el artículo 621 del Código Procesal Civil que ella debe ser fijada por el juez de la demanda, dentro del mismo proceso, situación que no se precisa en caso de terceros afectados.

Frente a ello señalamos que la afectación cautelar no se satisface con la revocación de la medida sino con el resarcimiento por los daños sufridos, siempre y cuando se demuestra que se utilizó la medida cautelar de manera abusiva o cuando se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla. Si bien se autoriza el resarcimiento cuando existen daños acaecidos con motivo de la medida cautelar que se levanta; nos preguntamos qué tipo de responsabilidad origina la indemnización. La norma en materia de desafectación no lo precisa. Solo se remite a señalar: “el peticionante en atención a las circunstancias perderá la contracautela a favor del propietario”; sin embargo, se atribuye un criterio subjetivo para generar sanciones pecuniarias a favor del Estado, como es el caso de la multa, siempre

⁷ Artículo 624.- Responsabilidad por afectación de bienes de terceros.-

Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado, el juez ordenará su desafectación inmediata, incluso si la medida no se hubiera formalizado. El peticionante pagará las costas y costos del proceso cautelar y en atención a las circunstancias perderá la contracautela a favor del propietario.

Si se acredita la mala fe del peticionario, se le impondrá una multa no mayor de treinta Unidades de Referencia Procesal, otorgándose al Ministerio Público para los efectos del proceso penal o que hubiere lugar.”

y cuando se acredite la mala fe del peticionario de la medida. Si bien el criterio subjetivo está presente para sancionar el incumplimiento de deberes, queda en discusión determinar si el daño provocado al tercero por la ejecución cautelar implica una responsabilidad subjetiva. La tendencia es atribuir dicha responsabilidad por la redacción de la norma que señala que "en atención a las circunstancias perderá la contracautela en favor del propietario". No asume una responsabilidad objetiva por el mero hecho de la demanda infundada o improcedente sino por las circunstancias que pudiere darse conlleva a la pérdida de la contracautela, situación que no es extensiva para el caso de la afectación del demandado, conforme se aprecia del artículo 621 del Código Procesal Civil.

Otro aspecto a apreciar es el camino procesal a seguir para lograr dicha indemnización. Hay criterios que sostienen que tratándose la indemnización una pretensión ajena a la de litis, debe promoverse su discusión en un proceso aparte; en cambio, otras señalan que debe darse en el mismo proceso, al ejecutar la liquidación de los gastos procesales. El artículo 621 del Código Procesal Civil acoge esta última posibilidad.

A todo ello, la vulneración del principio de igualdad no puede dejar de estar presente en todo este escenario, pues, no hay cómo escapar al cuestionamiento que se hace en torno al equilibrio e idoneidad que debe existir tanto para la tutela del ejecutante y del ejecutado con la medida cautelar. Este desequilibrio y desamparo en el tratamiento de la cautela pro-demandado justifica este trabajo a fin de mostrar un mecanismo que contribuya a una tutela también eficiente a favor del ejecutado con las medidas cautelares. Si queremos hablar de un proceso justo, de un tratamiento equilibrado y democrático, debemos mirar con objetividad la situación del demandado cuando es afectado con una medida cautelar y velar, como sistema judicial, que su posible resarcimiento sea realmente tan efectivo como lo fue para el actor en su momento. Al final de todo ello, el sentimiento más firme que podemos percibir en los litigantes de nuestro estudio, es reafirmar el desprestigio del sistema judicial al que han sido incorporados, vulnerados, y no reivindicados, ¿es ese un sistema judicial democrático?

Frente al panorama descrito, vamos a encontrar varios efectos que apreciar, como la ausencia de un sistema de resarcimiento oportuno y efectivo para el demandado o tercero afectado con la ejecución cautelar, generando el siguiente problema de investigación: *¿Cómo la contracautela por juramento, constituye un mecanismo que despretege la reparación del daño provocado por la ejecución cautelar, afectando el principio de igualdad?*

II. LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DE LA ASIMETRÍA CAUTELAR

I. La tutela cautelar

1. Cuando un demandante recurre a la jurisdicción a pedir tutela cautelar para asegurar el derecho en discusión, debe mostrar una simple apariencia del derecho que invoca y sobre todo justificar la urgencia de la medida; sin embargo, la resolución cautelar no solo contiene una medida cautelar a favor de quien la invoca sino que necesariamente contiene una medida cautelar a favor del ejecutado, para asegurar, no el derecho en debate, sino los daños que le pueda generar la ejecución de la medida cautelar. En otras palabras, la resolución cautelar contiene medidas precautorias a favor del actor y a favor del ejecutado, para asegurar objetos diversos; así pues, el actor persigue el aseguramiento de la satisfacción del derecho en discusión y el ejecutado el aseguramiento del daño provocado por la ejecución cautelar.

Estas cautelas mutuas, tanto para el actor como para el ejecutado, se justifica por la incertidumbre de la relación jurídica en debate. El juez emite un pronunciamiento, sin tener la certeza del derecho que asegura; solo la mera apariencia de ese derecho la lleva a aproximarse a una tutela cautelar, justificada por la urgencia de la medida, por ello, ante la ausencia de certeza, el juez tiene

que voltear la mirada hacia el ejecutado, para brindarle otro tipo de tutela cautelar frente al daño que le pudiere generar dicha decisión. Definitivamente, la medida cautelar encierra riesgos, desde que no opera con la certeza del derecho, sino con la mera apariencia de este; y ese riesgo debe ser asumido por quien se beneficia con la medida. El riesgo no debe ser trasladado al demandado, sino por quien obtiene una afectación sobre la esfera jurídica del ejecutado, de manera anticipada, sin haberse definido aún el derecho en cuestionamiento.⁸

2. Para contrarrestar el inaudita pars que se da en la medida cautelar surge la contracautela. Nótese que ella no es concebida como un elemento de la medida cautelar, sino como un elemento de la resolución cautelar. Podetti⁹ señala "siendo la contracautela, un presupuesto de la medida cautelar, ello debe constituirse antes de su cumplimiento. En caso que no se hubiera procedido así, habría que emplazar perentoriamente a quien la obtuvo para que la otorgue, bajo apercibimiento de levantarla sin más trámite". En ese sentido, es grato apreciar pronunciamientos judiciales que asumen dicha posición, como la emitida por la Sala Comercial de Lima, en el caso Cooperativa de Ahorro y Crédito Aelu con Andres Higa Yaka y otros (expediente No 219-2005 de fecha 30 de junio del 2005) por el que anula la resolución apelada que admite la medida cautelar en forma de secuestro conservativo, por los siguientes argumentos:

"(...) la naturaleza y alcances de la contracautela deben ser determinados por el juez al momento de dictar la decisión cautelar, tal y como lo disciplina el tercer párrafo del precitado artículo 611 CPC, o en todo caso, antes de su ejecución, pues de otro modo surgirá una objetiva desprotección para el demandado o para terceros respecto de los perjuicios que la ejecución de la medida pueda causar en su persona y/o patrimonio (...) en tal sentido, la resolución impugnada resulta nula por no ajustarse al mérito del derecho, más todavía si de lo actuado no aparece que el expediente principal haya merecido sentencia que permita ubicar al tema analizado dentro de la inexigibilidad de ofrecimiento de contracautela que refiere el artículo 615 del Código Procesal Civil".

La contracautela opera como una garantía por la realización de la medida cautelar. Se funda en el principio de igualdad, pues, no solo se debe pretender asegurar al actor un derecho no actuado, en atención a la verosimilitud y el peligro en la demora, sino que también debe preverse la posibilidad de asegurar al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños, generado por la medida cautelar. Como señala Coniglio¹⁰, la contracautela tiene una gran aplicación en las providencias cautelares, "como el solo medio que pueda servir para asegurar preventivamente el eventualmente crédito de resarcimiento de aquellos daños que podrían resultar de la ejecución de la medida provisoria, si en el proceso definitivo se revela como infundada. De allí que se pueda hablar con propiedad de una condición impuesta por el juez para conseguir la providencia cautelar".

Como la medida cautelar nace para una función asegurativa, la misma puede cumplir satisfactoriamente con su objetivo o puede ser inútil y provocar perjuicio. El carácter contingente participa del riesgo. Si no se ampara la demanda, hay la obligación de indemnizar al perjudicado con la ejecución, de ahí que el artículo 621 del Código Procesal Civil señale: "si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y

⁸ La estructura dual que se debe trabajar en los pronunciamientos cautelares se anota en el Código Procesal Civil, en el artículo 610. Refiere que el que solicita una medida cautelar, debe exponer los fundamentos de su pretensión cautelar, señalar la forma de ésta, indicar los bienes y monto de afectación, si fuere el caso, pero además exige que se ofrezca contracautela a favor del ejecutado. La cautela y contracautela aparecen reguladas con mayor precisión en los artículos 611 y 613 del Código Procesal Civil respectivamente.

⁹ PODETTI, Ramiro, *Derecho Procesal Civil y Comercial* (Tratado de las medidas cautelares), Tomo 4, Ediar, Buenos Aires, 1956, p. 64.

¹⁰ CONIGLIO, Antonio, *Il requisito giudiziario e conservativo*, Tercera edición, Editorial Giuffrè, Milano, 1949, I, citado por PODETTI, Op. Cit., pp. 63-64.

costos del proceso cautelar, una multa no mayor de 10 URP y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados".

La obligación de indemnizar no surge porque la medida cautelar dictada sea injusta sino por el hecho que su expedición y ejecución importe riesgo que debe ser asumido por quien se beneficia con él.

Algunos autores cuando se refieren a esta característica de la contingencia señalan dos exigencias: la necesidad de hacer las cosas pronto y la necesidad de hacerlas bien. La medida cautelar junta los supuestos citados para tener como respuesta celeridad y ponderación, pero no el hacer cosas pronto pero mal o hacer cosas bien pero tarde. La medida cautelar tiende a hacer pronto, dejando que el problema del bien o mal se resuelva más tarde, en la sentencia.

Monroy¹¹, sostiene que si el propósito es declarar que el solicitante de la medida deba cubrir los daños, ello resulta innecesario, pues el deber y el derecho al resarcimiento al verificarse el daño se encuentran sobreentendidos, peor aún, significa llover sobre mojado, al establecer en una caución juratoria una cifra monetaria, mezclando la inútil caución genérica que es la juratoria, con una caución concreta, inexistente más allá de las palabras.

3. Puede concurrir a la contracautela, diversos derechos personales o reales en garantía, como la fianza, la hipoteca, la prenda, etc. El artículo 613 del Código Procesal Civil, califica a la contracautela de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, que implica solo una promesa de responder de los posibles daños y perjuicios que la medida pudiera ocasionar, si no resultare fundada la pretensión principal.

Existen diversos factores para fijar el monto de la contracautela, como el derecho sustantivo a cautelar; la condición socio-económica de quien peticiona la medida; el mayor o menor grado de verosimilitud del derecho, entre otros. Loutayf considera que *"el juez debe graduar, al proveer la medida precautoria la calidad y monto de la caución, de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso"*. Frente a ellos, es común en la actividad judicial asumir como referente para la contracautela la probabilidad del derecho, de tal manera que, cuando el derecho no tenga una alta apariencia, la contracautela se torne mas fuerte, ello lleva a sostener que la contracautela es inversamente proporcional al grado de certeza del derecho que se pretende asegurar; a tal punto, que cuando el derecho es cierto, por existir una sentencia favorable al demandante, no cabe exigir contracautela, tal como señala la última parte del artículo 615 del Código Procesal Civil. Aquí ya no cabe referirse a la teoría cautelar, sino a la ejecución forzada, a través de los procesos de ejecución.

Monroy¹² no comparte ese referente para fijar el monto de la contracautela, pues, al existir relación, entre la contracautela y la medida cautelar, *"o diferencia de la medida cautelar, que es una garantía procesal que busca asegurar la eficacia del proceso, la caución es, si bien una garantía procesal, un mecanismo que tiene como propósito asegurar que los daños producidos por una medida cautelar innecesaria puedan ser resarcidos en su plenitud y en modo oportuno por parte del sujeto que se vio beneficiado, precisamente, por la medida cautelar"*. Para el referido autor, es posible establecer dos puntos sobre los cuales debe versar el análisis del juez, a efectos de su concreta y adecuada determinación. *"El juez debe efectuar a) una calificación aproximativa sobre la magnitud de los perjuicios patrimoniales que la medida cautelar, en la eventualidad en que devenga innecesaria, pueda causar y b) un examen sobre la capacidad económica y la disponibilidad de los activos por parte del sujeto que solicita la medida"*.

¹¹ MONROY PALACIOS, Juan. *Dirigir interpretación inversa: a mayor verosimilitud, menor caución y mayores costas*. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, 2005, p. 241.

¹² *Ibidem*.

2. La contracautela

Toda medida cautelar requiere de ciertos presupuestos básicos para que pueda existir. Ellos son la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. La contracautela es un presupuesto de la resolución cautelar mas no de la medida cautelar; esto implica que se puede conceder cautela, aún sin materializar la contracautela, pero para la ejecución de la cautela, requiere necesariamente de la previa incorporación de la contracautela.

En otras palabras, los presupuestos a que se hace referencia, pueden agruparse en atención a la procedencia y a la ejecución de la medida. La verosimilitud y el peligro en la demora son presupuestos de procedencia de la cautela; la contracautela es un presupuesto para la efectividad de la medida, esto es, para su ejecución. Rivas¹¹ explicando este último presupuesto señala: *"Una vez dispuesta la medida cautelar por decisión judicial, aparece la necesidad que se produzca o concrete un nuevo presupuesto, pero esta vez para la efectivización, concreción o traba material de la medida: se trata de la contracautela"*.

La contracautela es un presupuesto de ejecución de la medida cautelar y que sirve para contrarrestar los perjuicios que puede acarrear al ejecutado con la medida. Este perjuicio se diluye cuando la pretensión discutida en el proceso principal y garantizada con la medida cautelar es amparada.

Esta diferencia en el tratamiento de la verosimilitud, peligro en la demora y contracautela también lo recoge este articulado. Véase que solo la primera parte del artículo 611 del Código Procesal Civil hace referencia a la verosimilitud y peligro en la demora, como elementos de la medida cautelar; sin embargo, la resolución cautelar contempla diferentes presupuestos –además de la medida– la contracautela, el órgano de auxilio judicial, el patrimonio y monto de la afectación, entre otros. Esto significa que solo la verosimilitud y peligro en la demora pueden ser considerados elementos fundamentales de la medida cautelar y la contracautela como presupuesto para la ejecución de ella.

Pueden concurrir como contracautela, cualquiera de los derechos sustantivos de garantía, como la fianza, la hipoteca, la prenda, etc. Algunos autores sostienen que el juez para fijar el monto de la contracautela toma en cuenta el derecho sustantivo a cautelar y el mayor o menor grado de verosimilitud de ese derecho, de tal manera que, frente a un derecho con una fuerte probabilidad de certeza, la contracautela operará con menor grado y viceversa, a tal punto que cuando el derecho sea cierto, la contracautela ya no se requiere (ver artículo 615 del Código Procesal Civil). Otros autores, vulnerando el principio de igualdad, consideran que para graduar la contracautela se debe tomar como referente la capacidad económica del que otorga esta contracautela y la posibilidad de disposición de sus bienes. También concurre otro indicador para la graduación, como es la proyección del daño que podría causar con la ejecución cautelar al ejecutado. Esta última posición resulta más atendible, pues, en un embargo en forma de depósito, el riesgo del daño será en menor grado que en un embargo en forma de intervención en administración. La proyección del posible daño debe tomar en cuenta además la intensidad de la medida, esto es, el monto o la frecuencia con la que se debe operar.

2. Uno de los supuestos que no regula nuestra legislación está relacionada con la falta o insuficiencia de contracautela al momento de la ejecución de la medida cautelar. Para Acosta¹² los jueces deben ser especialmente cuidadosos para exigir la previa caución al solicitante de la medida; pero ha ocurrido, ocurre y ocurrirá que no obstante ese cuidado la medida se dispone y ejecuta

¹¹ RIVAS, Adolfo, *Los medios cautelares en el proceso civil peruano*, Universidad Antonio Orrego, Rodhas, Lima, 2000, p. 38.

¹² ACOSTA, José, *El proceso de revocación cautelar*, Rubinzal y Cultroni editores, Santa Fe, 1986, pp. 46-47.

sin que la contracautela se preste, o que la garantía acordada devenga insuficientemente y se hace necesario mejorarla.

En tales circunstancias inquieta al autor averiguar qué remedio debe escoger el afectado para protegerse de las consecuencias perjudiciales que la falta o insuficiencia de la contracautela puede ocasionarle. Se propone a ello, el levantamiento, la caducidad y la nulidad. La pregunta no es ociosa porque una elección desafortunada del instrumento procesal puede conducir al rechazo de la pretensión revocatoria, en virtud de los distintos efectos que cada uno de los medios impugnativos señalados produce. Dice Acosta, el incumplimiento de una contracautela real "no lleva directamente, a la caducidad de la medida" toda vez que las hipótesis de caducidad están explícitamente legisladas y entre ellas no se menciona la citada. En cuanto a la nulidad, se considera que la contracautela no es requisito ni condición del otorgamiento de la medida, sino de su ejecución, por lo que su incumplimiento no afecta la validez del trámite. Por eliminación va quedando el remedio del levantamiento, "La circunstancia de haberse omitido fijar la contracautela, no determina que deba revocarse la medida precautoria, sino que la misma podrá ser levantada en el supuesto que la contracautela señalada se vea incumplida por el embargante".

En igual sentido Podetti¹⁵ señala "siendo la contracautela, un presupuesto de la medida cautelar, ella debe constituirse antes de su cumplimiento. En caso que no se hubiera procedido así, habría que emplazar perentoriamente a quien la obtuvo para que la otorgue, bajo apercibimiento de levantarla sin más trámite".¹⁶

3. La contracautela según su naturaleza se divide en real y personal. La real se va a expresar en una suma de dinero, títulos o bienes, que pueden pertenecer al propio beneficiado o terceros, quienes darán su conformidad.

La contracautela personal se expresa en la fianza; sin embargo, se permite el juramento del propio afectado o promesa de terceros de reconocida solvencia económica y moral de responder por el perjuicio que pudiera producir la traba, por ejemplo, un banco o entidad financiera podría otorgar esa contracautela, siempre y cuando el derecho en discusión no esté relacionado con la mala fe o con la actividad ilícita del Banco.

La contracautela, en relación al tiempo, puede ser transitoria o permanente. En el caso de contracautela sometida a plazo, su vencimiento y la falta de renovación produce la pérdida del efecto garantizador, que se extenderá a la propia medida garantizada, en la forma que señala la última parte de este artículo, esto es, sin necesidad de requerimiento y dentro de tercer día de vencido el plazo. Este efecto que recoge el artículo 613 del Código Procesal Civil, resulta coherente con la razón de ser de la contracautela en el procedimiento cautelar. Hay que recordar que la contracautela se funda en el principio de igualdad, que debe tener en cuenta la resolución cautelar, pues, no solo se debe pretender asegurar al actor un derecho no actuado, en atención a la verosimilitud y el peligro en la demora, sino que también debe preverse la posibilidad de asegurar al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños, si aquel derecho no existiera. Más allá de la forma como se otorgue la contracautela, nada impediría que se cumpla el principio rector en la responsabilidad civil en la actividad judicial, cual es, todo aquel que cause un daño debe repararlo. Como señala Coniglio¹⁷, la contracautela tiene

¹⁵ PODETTI, Op. Cit., p. 44.

¹⁶ Un referente sobre el particular encontramos en el caso de Banco Nuevo Mundo con la Superintendencia de Banca y Seguros seguido ante el 26 Juzgado civil de Lima, expediente No. 15789-2001, en la que se otorgó y pretendió ejecutar una medida cautelar sin haber materializado previamente la contracautela real ofrecida por el solicitante; en tales circunstancias la ejecución de la medida no podría seguir desarrollándose, motivando que se dispusiera el levantamiento de ella hasta que cumpla el beneficiado con entregar la situación real ordenada.

¹⁷ CONIGLIO, Antonio, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Tercera edición, Editorial Guffrè, Milano, 1949, 11, citado por PODETTI, Op. Cit., pp. 63-64.

una gran aplicación en las providencias cautelares, "como el solo medio que pueda servir para asegurar preventivamente el eventualmente crédito de resarcimiento de aquellos daños que podrían resultar de la ejecución de la medida provisoria, si en el proceso definitivo se revela como infundada. De allí que se pueda hablar con propiedad de una condición impuesta por el juez para conseguir la providencia cautelar".

3. El contrato de seguro

1. El contrato de seguro surge en la antigüedad como una institución con fundamentos sociales, con base en la mutualidad y destinado a la traslación de riesgos. El seguro surge como respuesta a una necesidad del hombre, que es la defensa y manutención de su indemnidad patrimonial. Mediante su organización como empresa o persona aseguradora, se logra incorporar técnicas de capitalización de valores o primas, tendientes a concretar la defensa mutual. Dicha defensa o solidaridad mutual, consiste en que una vez acaecido el siniestro, se propicie al asegurado la indemnización previamente pactada; de ahí que el contrato de seguro sea concebido como una institución con fundamentos sociales, con base en la mutualidad y destinado a la traslación de riesgos. El seguro no elimina el daño sino que tolera que sus consecuencias resulten transferidas al asegurador que, a esos fines, ha constituido una mutualidad especialmente "preparada para absorber el riesgo de indemnización". Dicha mutualidad esta constituida con el pago de una prima o cotización que abona el asegurado, que conforma una reserva legal, estatutaria o ambas, para afrontar los eventuales siniestros que puedan acaecer.

Para Sánchez Calero¹⁸ "el contrato de seguros es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a satisfacer al asegurado, o a un tercero, las prestaciones convenidas". Según Garrigues¹⁹ es "un contrato sustantivo y oneroso por el cual una persona —el asegurador— asume el riesgo de que ocurra un acontecimiento incierto al menos en cuanto al tiempo, obligándose a realizar una prestación pecuniaria cuando el riesgo se haya convertido en siniestro".

El asegurador, es la persona jurídica que, en virtud de un contrato de seguro, se obliga respecto de otra, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida, en caso de que ocurra el evento cubierto en dicho contrato, recibiendo como contraprestación una prima o cotización que debe abonar el asegurado. El carácter destacable de este contrato es su aleatoriedad para ambas partes (verificación o no del evento). El riesgo es el elemento esencial, es el acontecimiento futuro e incierto para ambos contratantes. Como dice Rossi²⁰ la ausencia del riesgo afecta la existencia del contrato de seguro: "es necesario que el asegurado se vea amenazado por un riesgo en su vida, su integridad personal, sobre su patrimonio o sobre un determinado bien, para que en procura de su seguridad pueda válidamente trasladarlo al asegurador mediante la celebración de un contrato de seguro". A la existencia del riesgo va unido el interés en efectuar el seguro. La prima que debe pagarse al asegurador, es la contrapartida del riesgo que asume. Ella es esencial al contrato de seguro, como el precio es esencial a la compraventa. En otras palabras, la prima es el precio del seguro.

En conclusión frente a lo expuesto podemos señalar —de manera general— que el contrato de seguro privado es aquel en que una parte, el asegurador, contra el pago de una prima, se obliga a indemnizar al asegurado, dentro de los límites convenidos, del daño que experimente a consecuencia de un siniestro. La necesidad de adoptar técnicas preventivas que contribuyan a bloquear, total o parcialmente, las consecuencias de un daño eventual hacen que se de origen al contrato de seguro, que brinda un resguardo patrimonial al asegurado y bienestar o proteccionismo social frente a los terceros.

¹⁸ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Ley de contrato de seguro*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 9.

¹⁹ GARRIGUES, Joaquín, *Contrato de Seguro Terrestre*, Segunda edición, Madrid, 1983, p. 30.

²⁰ ROSSI BUENAVENTURA, Cesare Giovanni, *Seguros de garantía*, Tesis para optar al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas, Bogotá, 1980, p. 52.

2. Cuervo¹¹ propone una clasificación del contrato de seguros, en atención a la naturaleza de los intereses asegurados. Los seguros de personas tienen por objeto amparar los riesgos que pueden afectar a una persona natural en su integridad física o síquica y se traducen desde luego en una indemnización de tipo pecuniario, aunque no son raras las pólizas que contemplan así mismo la posibilidad de tratamientos de rehabilitación. Los seguros de daños se encaminan a indemnizar al asegurado de aquellos perjuicios que llegaren a producirse en su patrimonio en virtud de la realización de ciertos riesgos, dentro de los límites y cuantías del amparo. En los seguros de daños se distingue entre seguros de cosas y seguros patrimoniales, según que el amparo haga relación a bienes específicos o tienda, por vía general, a proteger el patrimonio. Ejemplo de los primeros serían los ramos de incendio o de automotores y, del segundo, responsabilidad civil.

En esa misma óptica se dirige la clasificación que propone Pardo¹², quien denomina seguros de daños, que son contratos de mera indemnización (jamás podrán constituir para el asegurado fuente de enriquecimiento) que se pueden subdividir en seguros reales y seguros patrimoniales. "Los seguros reales son aquellas que versan sobre cosas muebles e inmuebles, determinadas o determinables, amenazadas en su integridad física o en la integridad jurídica de los derechos radicados en ellas". Como ejemplo de estos seguros tenemos los de robo, transportes, automóviles, incendio, casco, rotura de maquinaria, etc; en cambio los seguros patrimoniales, que como su nombre lo indica, protegen la integridad del patrimonio económico contra las erogaciones eventuales que puedan afectarlo desfavorablemente. La suma asegurada es fruto de acuerdo entre las partes ya que una tasación exacta de la pérdida es difícil. En los seguros reales la apreciación es más sencilla, pues se limita al valor económico del bien expuesto al riesgo. De estos seguros podemos citar los de manejo, cumplimiento, responsabilidad civil, lucro cesante, fianza, crédito, cauciones judiciales, etc. Para Meza¹³, al referirse a este seguro señala: "el seguro de responsabilidad civil es un contrato por el cual el asegurador se compromete a garantizar al asegurado contra las reclamaciones de las personas con respecto a las cuales pudiera ser exigible la responsabilidad de ese asegurado y contra los resultados de esas reclamaciones, a cambio del pago, por el asegurado, de una suma fija y por anticipado, la prima debida generalmente por vencimientos periódicos".

3. El seguro de responsabilidad civil, que acoge precisamente nuestro estudio, se caracteriza por ser una rama de los seguros de daños patrimoniales, que ofrece la cobertura del riesgo de ser un sujeto pasivo de una deuda hacia una tercera persona, emergente de una responsabilidad de carácter civil. Señala Meili¹⁴, que en esta clase de seguros el asegurador otorga una cobertura que permite al asegurado liberarse económicamente de los reclamos y pretensiones de terceros, que tienen como fuente una relación de responsabilidad civil, sea de naturaleza contractual o extracontractual. La finalidad que se persigue es la de evitar toda lesión directa al patrimonio del asegurado, originada por las consecuencias civiles de su responsabilidad, por ello, este tipo de seguro se caracteriza por la existencia de una tercera persona, distinta del asegurado y del asegurador, que no es parte del contrato de seguro, aunque la ley le otorga importantes derechos sobre la indemnización convenida en la póliza, por ser la víctima del asegurado responsable y conocida en el léxico asegurador como el "tercero damnificado".

Para el referido autor¹⁵, se puede diferenciar en esta cobertura dos grandes formas de aseguramiento, "si se atiende al conocimiento previo que puede o no tenerse del objeto o bien generador de

¹¹ CUERVO MUGILLÓN, Alfonso, *El contrato de seguro en Colombia*, tesis para optar al título de doctor en Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1990, p. 23.

¹² PARDO KOPPEL, Diego, *El seguro de daños*, tesis para optar al grado de Doctor en Ciencias jurídicas, Universidad Javeriana, Bogotá, 1973, p. 21.

¹³ MEZA CARBAJAL, Luis Alberto, *El seguro de responsabilidad civil*, Gráfex, Lima, 1995, p. 28.

¹⁴ MEILI, Gustavo Raúl, *Manual de Seguros*, Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 107.

¹⁵ MEILI, Op. Cit., p. 108. En esa línea de opinión véase al trabajo de los Abogados. *Compendio de Seguros*, Carlos Vicino editor, Buenos Aires, 1992, p. 159.

la responsabilidad o elemento pasivo de ella. Esta distinción determina la posibilidad de establecer *a priori* el valor máximo de la cobertura que otorga el asegurador. Cuando el valor máximo de la indemnización puede establecerse en forma inicial, el funcionamiento del seguro en su faz indemnizatoria es semejante al seguro de daños, dado que el interés asegurado está concretamente delimitado, pero en el caso opuesto, cuando al momento de la celebración del contrato se halla indeterminado el objeto cuyo daño generará responsabilidad para el asegurado, el límite de la indemnización será la suma asegurada¹⁶.

Los seguros de responsabilidad civil han producido una profunda discrepancia doctrinal respecto del momento en que se produce el siniestro. Refiere Melij¹⁷, que para ciertos autores, el siniestro se produciría cuando el asegurado indemniza el daño al tercero damnificado. Para otros el siniestro se produce al determinarse el monto concreto del perjuicio del tercero damnificado. Aunque gran parte de la doctrina opina que el siniestro tiene lugar al producirse la reclamación del tercero damnificado. Consideramos que la teoría que más se ajusta a las características y finalidades de este seguro es la que mayoritariamente opina que el siniestro tiene lugar cuando nace para el asegurado la obligación de reparar el daño que ha causado, y este hecho generador se halla contemplado dentro de la cobertura del seguro de la responsabilidad civil.

4. La póliza judicial y la contracautela

El sistema judicial debe diseñar mecanismos que permitan que la contracautela se comporte como un real medio de resarcimiento frente al daño que sufre una parte en la ejecución cautelar.

Como ya hemos señalado, no necesariamente todos los afectados con medidas cautelares recurren a sede judicial para el resarcimiento de ellos. Hay argumentos disuasivos, como el costo del proceso, la permanencia en él y sobre todo la incertidumbre de la decisión que se espera, que muchas veces se apartan de recurrir a esa satisfacción. En el caso planteado en el acápite 3 del trabajo, apreciamos un daño a resarcir, producto de una ejecución cautelar, que luego de varios años, el derecho que aseguraba la cautela se declaró inexistente. Si en el proceso se hubiera ofrecido y aceptado una contracautela real, el camino a recorrer por este litigante, hubiera sido menos tortuoso que el que tiene que asumir frente al juramento de la contracautela personal. Definitivamente, en este último caso, la respuesta se torna más complicada de satisfacer, pues, ahora será el demandado afectado con la cautela, quien tenga que asumir toda la dirección y riesgo de un nuevo proceso judicial, en aras del resarcimiento del derecho conculcado. El panorama que nos brinda este caso, no es nada alentador para quien ha sido afectado por el sistema judicial. Si bien, se ha diseñado caminos a seguir, nos preguntamos si realmente la tutela jurisdiccional a ese resarcimiento operará de manera efectiva. El solo hecho de tener que iniciar un proceso judicial para reivindicar el daño causado no lo muestra como una respuesta eficiente a esa afectación.

Frente a ello nuestra inquietud se orienta a la posibilidad de incorporar los contratos de seguros para la eficacia en el resarcimiento de la contracautela. Estas pólizas de seguro para garantías judiciales, han incorporado al mercado asegurador la práctica de una modalidad de cobertura que se utiliza en forma habitual en diversos países del mundo. Estos seguros de caución ponen a disposición de los litigantes un medio idóneo y económicamente accesible para garantizar sus obligaciones procesales cuando el Código respectivo así lo exige.

La caución se define como la garantía ordenada por las Entidades que administran justicia, en el curso de un proceso o diligencia judicial, para asegurar que se cumpla lo ordenado por el juez con fundamento en una norma de procedimiento judicial. En algunos países de Latinoamérica, como Colombia y Argentina, la aseguradora garantiza el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el

¹⁶ MELIJ, Op. Cit., p. 109

obligado a prestar caución en un trámite procesal e inclusive a mantener cierta conducta determinada por el juez. Se puede constituir en dinero, real, bancario y prestarse por una compañía de seguros o por una entidad de crédito. Su monto depende de la apreciación del juez que sigue los parámetros propios del proceso en concreto.

En los seguros de caución judicial siempre intervienen tres partes: el tomador del seguro (actor o demandado, según el caso); el asegurado o beneficiario (que puede ser tanto el demandado, en el supuesto de contracautela, o el actor, en el supuesto de sustitución de medida cautelar) y el asegurador, la Compañía de Seguros.

El afianzado es normalmente el tomador de la póliza; es decir, quien la solicita y paga a la Compañía de Seguros. Es quien tiene que cumplir las obligaciones que estamos garantizando. El Asegurado es el que tiene el interés asegurable, pues en caso de incumplimiento por parte del afianzado, sufriría un perjuicio.

Quien es demandado judicialmente, frecuentemente ve afectado su patrimonio por la traba de las medidas precautorias requeridas por el demandante para asegurar su pretensión. En muchos casos, el afectado toma conocimiento de la existencia de una demanda en su contra precisamente por la traba de esa medida, situación que suele prolongarse mientras dura el juicio. Entonces, cuando hablamos de "medidas cautelares", nos referimos a las seguridades que en resguardo de sus derechos, puede solicitar quien es parte de un proceso judicial.

A su vez, a quien se presenta ante una autoridad judicial requiriendo la traba de una medida precautoria, las leyes procesales le exigen el otorgamiento de una caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho. Al referirnos a las "contracautelas", estamos hablando de la garantía que debe prestar quien ha solicitado la traba de una medida cautelar. Estas coberturas se aplican tanto en los casos en que el juez interviniente haya ordenado la traba de una medida cautelar, como en aquellos en que se haya dispuesto la constitución de la contracautela.

En el caso de la contra-cautela judicial, esta póliza es ofrecida por el tomador para trabar medidas preventivas sobre su oponente, cubre los daños que puedan ocasionar estas medidas en el caso de que no prospere el reclamo. También opera para la sustitución de las medidas cautelares. En este caso la póliza es utilizada para liberar una medida cautelar, reemplazando al derecho o al bien embargado.

En Colombia, el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil regula el embargo preventivo. La caución judicial se otorga al demandante de un proceso ejecutivo cuando se pretende embargar bienes del demandado sin que a este se le notifique el mandamiento de pagar. Garantiza el perjuicio que se cause con la práctica de las medidas.

Artículo 683 del Código de Procedimiento Civil: requiere para asegurar el correcto desempeño de los deberes del secuestro. Cuando se le entregue al Secuestro para que tenga la custodia y administración de los bienes objeto de la medida cautelar del demandado, deberá aquel prestar caución para garantizar el correcto manejo, cuidado y administración de tales bienes.

Artículo 690-A del Código de Procedimiento Civil: inscripción de demanda en procesos ordinarios. La inscripción de la demanda es una medida cautelar, consistente en anotar en el folio de la matrícula inmobiliaria, o en el registro del vehículo, según el caso, la existencia de un proceso que

verse sobre el bien. Dicho bien no sale del comercio pero el adquirente asume y se responsabiliza del resultado del proceso.²⁷

²⁷ A pesar que no es objeto de este trabajo las implicancias del contrato de seguros frente a las diversas actuaciones procesales, es interesante mostrar –a manera de ilustración– como en otras legislaciones se han incorporado esta posibilidad para asegurar los daños, no solo de la tutela causal sino de otros actos ajenos a ella, como el desalojo, el otorgamiento de escritura, entre otros. A continuación mostramos diversos casos que acoge la legislación argentina para exigir caución judicial.

Medidas cautelares en juicios ejecutivos. Garantiza el pago de la indemnización de perjuicios que se puedan causar al demandado, con el embargo y secuestro de bienes solicitados por el demandante;

Impedir o levantar el embargo y secuestro en proceso ejecutivo. Garantiza el pago del crédito y las costas una vez que quede firme la sentencia que desestime la excepción o suya que acepte el desistimiento de ellas o de la sentencia que ordene llevar a cabo la ejecución según fuere el caso.

Medidas cautelares en general en cualquier tipo de juicios. Supuestos del artículo 212 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en casos de rebeldía, incomparecencia del absolvente a la audiencia de posiciones, si quien la solicita hubiese obtenido sentencia favorable, aunque la misma estuviese recurrida. Garantiza el pago de la indemnización de perjuicios que se puedan causar al demandado, con el embargo y secuestro de bienes solicitados por el demandante.

Medidas cautelares en procesos de escrituración. Supuesto del artículo 211 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Garantiza el pago de la indemnización de perjuicios que se puedan causar al demandado, con el embargo y secuestro de bienes solicitados por el demandante.

Desalojo, entrega inmediata del inmueble. Supuestos del artículo 680 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Garantiza el pago de la indemnización de perjuicios que se puedan causar al demandado, por el desalojo solicitado por el demandante.

Desalojo por falta de pago o vencimiento del contrato. Supuestos del artículo 684 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Garantiza el pago de la indemnización de perjuicios que se puedan causar al demandado, por el desalojo solicitado por el demandante.

Incidente de tercería de dominio. Garantiza el pago de la indemnización de perjuicios que se puedan causar con la medida solicitada.

Prohibición de innovar. Garantiza el pago de la indemnización de perjuicios que se puedan causar al demandado con la medida solicitada.

Prohibición de contratar. Garantiza el pago de la indemnización de perjuicios que se puedan causar al demandado con la medida solicitada.

Medidas cautelares en juicios marcarios. Garantiza el pago de la indemnización de perjuicios que se puedan causar al demandado, con el embargo y secuestro de bienes solicitados por el demandante.

Embargo y secuestro de bienes por pago de perjuicios provenientes del proceso ordinario de responsabilidad civil contractual o extracontractual en apelación o consulta. Garantiza el pago de los perjuicios que se causen con la práctica de las medidas cautelares.

Levantamiento de embargo y secuestro en proceso ordinario. Garantiza el pago de lo que se pretende, sus frutos y el pago de costas.

Embargo y secuestro en proceso ordinario ocasionado por accidente de tránsito. Garantiza el pago de los perjuicios que con la medida de embargo y secuestro puedan causarse.

Levantamiento de secuestro en proceso ordinario. Garantiza el pago del bien secuestrado incluido los frutos, costas e incremento por devaluación monetaria.

Levantamiento de embargo y secuestro de vehículo que ocasionó daños en accidente de tránsito. Garantiza el pago de los perjuicios a que sea condenado el demandado por los daños ocasionados en accidente de tránsito.

Incidente de desembargo de tercero poseedor. Garantiza el pago de costas y multas que se lleguen a imponer con el incidente de desembargo si resulta desfavorable al tercero.

Garantía de los directores de Sociedades Anónimas. Supuesto del artículo 256 párrafo 2 de la Ley 19.550.

Medidas cautelares en procesos de competencia desleal. Garantiza el pago de la indemnización de los perjuicios que se puedan causar al demandado o a terceras personas con las medidas cautelares pedida en la demanda.

Suspensión de ejecución de sentencia por apelación. Garantiza el pago de los perjuicios que se puedan causar a quienes fueron parte en el proceso donde se dictó sentencia objeto del recurso, costas, multas, frutos civiles y naturales que se estén debiendo.

Inscripción de demanda o anotación de litis. Garantiza el pago de las costas y perjuicios que con la inscripción de la demanda lleguen a causarse.

Impugnación de Actas de Asambleas de Juntas Directivas o Juntas de Socios. Garantiza el pago de los perjuicios que se lleguen a causar con ocasión de la suspensión del acto impugnado.

Curador de la herencia yacente. Garantiza el buen manejo y la correcta administración de los bienes que conforman la herencia yacente.

Liquidador y Asesor Contable del proceso de disolución, nulidad y liquidación de sociedades. Garantiza el correcto manejo de los bienes por parte del liquidador de la sociedad.

Guardador testamentario. Garantiza el cumplimiento del guardador en la buena administración de los bienes del pupilo.

Curador en el proceso de Declaración de Ausencia. Garantiza el cumplimiento del curador en la buena administración de los bienes del ausente.

Correcto desempeño de los deberes del Secuestro. Garantiza el correcto cuidado y administración de los bienes secuestrados.

III. EL ROSTRO OCULTO DE LA CONTRACAUTELA

I. La ficción de la contracautela

Como lo expresa el artículo 613 del Código Procesal Civil, la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución. Ella puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye a la caución juratoria, o juramento, que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el Secretario respectivo.

Podemos decir que el juramento es la afirmación solemne que hacen los convocados a la audiencia, sean partes o auxilios judiciales, para obligar su conducta a la verdad. Es una promesa solemne que compromete la conducta futura del que lo presta. Históricamente el juramento ha tenido una motivación religiosa que se materializaba en el hecho de tomar a Dios por testigo de la verdad de una afirmación, de un testimonio, de una promesa; de ahí la fórmula diseñada para los juramentos decía: "juro por Dios desempeñar fielmente los deberes del cargo que se me ha conferido".

Con el devenir de los años y con la consagración de la libertad de cultos, el juramento ha perdido el sentido religioso, permitiendo que se presta por el honor de la propia persona. En ese sentido se orienta la actual Ley Orgánica del Poder Judicial, (véase artículo 227) la misma que guarda coherencia con lo que regula el artículo 202 del Código Procesal Civil, cuando establece como fórmula de juramento lo siguiente: "¿jura (o promete) decir la verdad?".

En el caso concreto de la cautela por juramento a favor del demandado (futuro afectado con la medida cautelar solicitada por el demandante), no requiere que el actor lo brinde ante un tercero, sino que se realiza en el propio escrito en el que se dirige al juez solicitando la medida cautelar.

El juramento aplicado al derecho se divide en asertorio y promisorio y tanto uno como otro pueden ser simples o solemnes, judiciales o extrajudiciales.

Por juramento asertorio o afirmativo se entiende aquel en que se afirma o niega la verdad de algún hecho pasado o presente; a diferencia del juramento promisorio que hace referencia a hechos futuros.²⁸ El juramento simple es aquel que se hace por la sola invocación del nombre de Dios, a diferencia del juramento solemne en que esta misma invocación se hace ante una persona constituida en dignidad y con ciertas fórmulas de palabras o de ceremonias para su mayor validación. En el caso de la contracautela por juramento, diremos que se trata de una manifestación promisorio,

Embargo y secuestro en proceso de nulidad y divorcio del matrimonio civil, de separación de bienes y de liquidación de sociedad conyugal. Garantiza el pago de los perjuicios que con la medida de embargo y secuestro puedan ocasionarse. **Formalidades que deben preceder al ejercicio de la tutoría o curadería.** Garantiza el cumplimiento de los deberes de curador o tutor según sea el caso.

Caución otorgada por el presunto tuitar en demanda de propiedad industrial. Garantiza la indemnización de perjuicios que se puedan causar al presupuesto usurpador o a terceros con la práctica de las medidas cautelares.

Caución del Síndico o Administrador de los bienes de la quiebra, proceso de liquidación. Garantiza el pago de los perjuicios que el obligado pueda ocasionar con su gestión en el cargo para el cual fue nombrado dentro del proceso citado.

Caución del vendedor en proceso de quiebra. Supuesto del artículo 85 de la Ley de Concursos y Quiebras. Garantiza el pago de los perjuicios que el obligado pueda ocasionar con su gestión en el cargo para el cual fue nombrado dentro del proceso citado.

Desembargo y levantamiento de secuestro de aeronave. Garantiza el pago del crédito en caso de fallo desfavorable al demandado.

Desembargo y levantamiento de secuestro de naves acuáticas. Garantiza el pago del crédito en caso de fallo desfavorable al demandado.

Desembargo en procesos de alimentos. Garantiza el pago de las mercedes hasta que el menor o menores cumplan la mayoría de edad.

Autorización para salir del país al demandado por alimentos. Garantiza el cumplimiento del pago de las mercedes debidas al menor o menores.

²⁸ Este juramento tiene lugar en los contratos siempre que el jurante no se encuentre en imposibilidad de cumplir lo jurado y no se varíe el estado de las cosas sobre las que se jura y que la otra parte esté también a lo prometido.

solemne y judicial, por realizarlo para asegurar un hecho futuro, ante el juez que ordenará la medida cautelar para asegurar la eficacia de un derecho en discusión en sede judicial.

Bajo este contexto normativo, una de las interrogantes que nos planteamos se orienta en apreciar el tratamiento de la contracautela –por juramento– en el resarcimiento de los daños y perjuicios provenientes de la ejecución cautelar. Sería interesante contar en nuestro país con estudios aplicados al análisis del tema propuesto, pero, a falta de ellos, intentaremos plantear la discusión a partir de la siguiente evidencia empírica.²⁹

La historia señala que un demandante obtuvo una línea de crédito de consumo de una entidad bancaria. Al 19 de junio de 1995 el estado de cuenta de dicha línea de crédito arrojaba el saldo deudor de S/. 379.53 nuevas soles, suma que fue cancelada a la semana siguiente, mediante el depósito efectivo de S/. 400.00 nuevas soles. Al mes siguiente al verificar el saldo de su estado de cuenta, con sorpresa encuentra que ascendió a S/. 561.82 nuevos soles. El reporte no indicaba ningún consumo, por lo que advirtió que el abono realizado no había sido ingresado a su cuenta. Ante su reclamo en las oficinas del Banco, mostrándole el original de su boleta de entrega, reconocieron la validez del dinero depositado y lo consideraron como “un error operativo” expresándole que esta circunstancia sería resuelta en el mes siguiente. Fastidiado por este suceso, decidió devolver la tarjeta de consumo, la que fue inutilizada, triturada, por un funcionario del Banco.

Meses posteriores se compra un vehículo para dedicarlo al servicio de traslado de eventos sociales, siendo capturado el 16 de noviembre de 1998 dicho vehículo, por pesar sobre él una orden de embargo. Por esta medida se enteró que la demandada había iniciado el cobro del saldo deudor de S/. 8,090.13 nuevas soles de la línea de crédito por el consumo que le había otorgado, la misma que fue cerrada, girando una letra de cambio a la vista por dicho saldo. La medida cautelar se había obtenido bajo caución juratoria del representante del Banco.

Para solucionar este problema se apersonó a las oficinas administrativas del Banco demandado y luego de varios meses de gestión personal y de demostrar, en cada instancia del Banco, que no les debía absolutamente nada, y la equivocación que había cometido, la empleada a través de sus funcionarios, decidió devolver de mutuo propio el vehículo sin acuerdo judicial o extrajudicial, verbal o por escrito, que obligue al hoy demandante al pago o reconocimiento de deuda alguna o a su favor, solicitando ella misma al juzgado que levante la medida cautelar y devuelva inmediatamente el vehículo.

El proceso judicial terminó y la decisión final ordenó la devolución de la letra aparejada a la demanda. En resumen, ha pasado más de diez años de un doloroso trajín que por el “error operativo” de la empleada, el demandante y su familia ha tenido que asumir los daños que hoy solicita se les repare.

Historias como la que presentamos, se reproducen en la escena judicial, y otras, ni siquiera llegan a ella quedándose en el ingrato recuerdo de quien lo ha vivido, el sinsabor de haber recibido todo el peso del sistema judicial, sin mayor resarcimiento al daño generado, pues, lograr ese resarcimiento implica mayores gastos procesales y entrega de tiempo, que muchas veces operan como disuasivos a un reclamo formal.

²⁹ Expediente en pro. No. 3666-2007, 48 juzgado civil de Lima, demanda interpuesta por Javier Germán Salazar con Banco Interbank sobre indemnización.

Todas las miradas aparecen concentradas en la petición del actor y todas adolecen de una relativa ceguera cuando se trata del ejecutado y sobre todo, cuando después de haber caminado a lo largo del proceso judicial resistiendo al actor, la jurisdicción llega al convencimiento que este no tenía derecho. Lo que se trata es de buscar un sistema equilibrado en las tutelas cautelares, de tal manera, que asegure realmente, a ambas partes, la satisfacción de sus derechos y no solo de manera unilateral al demandante.

2. La ausencia de la contracautela en la ejecución

Uno de los supuestos que no regula nuestra legislación está relacionada con la falta o insuficiencia de contracautela al momento de la ejecución de la medida cautelar. Para Acosta³⁰ los jueces deben ser especialmente cuidadosos para exigir la previa caución al solicitante de la medida; pero ha ocurrido, ocurre y ocurrirá que no obstante ese cuidado, la medida se dispone y ejecuta sin que la contracautela se preste, o que la garantía acordada devenga insuficientemente y se hace necesario mejorarla.

En tales circunstancias inquieta al autor averiguar qué remedio debe escoger el afectado para protegerse de las consecuencias perjudiciales que la falta o insuficiencia de la contracautela puede ocasionarle. Se propone a ello, el levantamiento, la caducidad y la nulidad. La pregunta no es ociosa porque una elección desafortunada del instrumento procesal puede conducir al rechazo de la pretensión revocatoria, en virtud de los distintos efectos que cada uno de los medios impugnativos señalados produce. Dice Acosta, el incumplimiento de una contracautela real "no lleva directamente, a la caducidad de la medida" toda vez que las hipótesis de caducidad están explícitamente legisladas y entre ellas no se menciona la citada. En cuanto a la nulidad, se considera que la contracautela no es requisito ni condición del otorgamiento de la medida, sino de su ejecución, por lo que su incumplimiento no afecta la validez del trámite. Por eliminación va quedando el remedio del levantamiento. "La circunstancia de haberse omitido fijar la contracautela, no determina que deba revocarse la medida precautoria, sino que la misma podrá ser levantada en el supuesto que la contracautela señalada se vea incumplida por el embargante".

En igual sentido Podetti³¹ señala "siendo la contracautela, un presupuesto de la medida cautelar, ella debe constituirse antes de su cumplimiento. En caso que no se hubiera procedido así, habría que emplazar perentoriamente a quien la obtuvo para que la otorgue, bajo apercibimiento de levantarla sin más trámite".

Un referente sobre el particular encontramos en el caso de Banco Nuevo Mundo con la Superintendencia de Banca y Seguro seguido ante el 26 Juzgado Civil de Lima, expediente No. 15289-2001, en la que se otorgó y pretendió ejecutar una medida cautelar sin haber materializado previamente la contracautela real ofrecida por el solicitante; en tales circunstancias la ejecución de la medida no podría seguir desarrollándose, motivando que se dispusiera el levantamiento de ella hasta se cumpla el beneficiado con entregar la caución real ordenada.³²

³⁰ ACOSTA, José, *El proceso de ejecución cautelar*, Rubinzal y Culzoni editores, Santa Fe, 1986, pp. 46-47.

³¹ PODETTI, Op. Cit., p. 64.

³² Véase el considerando quinto de la resolución No. 92 del expediente citado que dice: "al respecto el artículo 613 del Código Procesal Civil indica que la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que puede causar su ejecución; resulta evidente que tal finalidad, que la contracautela debe constituirse previamente siempre y cuando la naturaleza de la contracautela lo exija, en el presente caso es necesario su materialización, siendo la contracautela confidenciada de la ejecución de las medidas cautelares otorgadas, su falta de cumplimiento imposibilita o no vez la materialización de las medidas, que al haberse intentado ejecutar las medidas sin haberse materializado la contracautela, se ha violado el principio de igualdad, toda vez que se entiende que la resolución No. 87, por este razón se declara fundado la oposición, en consecuencia presuntamente a ejecutar las medidas cautelares otorgadas, materializase la contracautela aceptada por este Despacho (...) y complida la efectivización de la contracautela procedase a la ejecución de las medidas otorgadas, dejándose sin efecto por ahora la inscripción de las medidas cautelares otorgadas".

Felizmente, en estos últimos tiempos, resulta grato apreciar pronunciamientos judiciales que asumen la posición de considerar a la contracautela como un elemento de operatividad, indispensable para la ejecución de la cautela¹¹; sin embargo, no negamos la existencia de criterios judiciales adversos a lo expuesto, como aparece del pronunciamiento de la Sala Civil Suprema Transitoria, Expediente 216-2004-Lima, del 4 de junio del 2004, en la apelación promovida por Constructora Upaca sociedad anónima, contra la resolución que declara procedente la solicitud cautelar y dispone que antes de la ejecución de la medida, la recurrente presente una fianza bancaria de ejecución automática e irrevocable, bajo apercibimiento de dejarse sin efecto dicha resolución cautelar. La Sala declara la nulidad de la resolución apelada, señalando que:

"Si bien la contracautela ofrecida por la accionante no produce convicción respecto al derecho que se pretende proteger con ésta, también es cierto que técnicamente el pronunciamiento para solicitar la corrección de ésta no es el adecuado, pues, antes de conceder la medida la Sala Superior debió requerir se cumpla con regularizar la fianza solicitada y solo luego de cumplido con ello conceder la medida cautelar". Como se aprecia con este pronunciamiento, la contracautela es un presupuesto de la resolución cautelar, que debe estar materializada al momento de dictarse la resolución y no al momento de la ejecución de esta.

3. Diagnóstico de la situación

El problema central que acoge la discusión de este trabajo se orienta al estudio de la desprotección de la cautela del demandado. Si bien, esa desprotección normativamente no se da, pues se consagra expresamente la necesidad de brindar tutela al demandado, frente al riesgo que implica la ejecución de la medida cautelar, a través de la contracautela, recogida en el artículo 613 del Código Procesal Civil, el punto en discusión se orienta a verificar si la cautela por juramento es un mecanismo que realmente sirva para asegurar el resarcimiento del daño al afectado con la medida. Resulta iluso sostener en estos tiempos, que el juramento del que asume el riesgo de la cautela, es un mecanismo idóneo para el resarcimiento del afectado con la ejecución cautelar. Basta que el beneficiado no tenga bienes con qué garantizar el resarcimiento para que esto sea una mera ilusión, dejando así en la desprotección al afectado con ella.

La primera inquietud que surge al respecto se expresa en la vulneración al principio de igualdad. El sistema judicial brinda tutela diligente a favor del demandante, no teniendo ese mismo comportamiento cuando se trata de asegurar los intereses del demandado; pues, dejar a la suerte del juramento, el resarcimiento del daño de este último, es un tema que urge replantearse.

En la medida que se siga privilegiando en las resoluciones cautelares el juramento en la contracautela, estaremos contribuyendo no solo al desequilibrio en la tutela de las partes procesales y con la consecuente desprotección al afectado, sino que se estaría tolerando la impunidad del que asumió el riesgo de la medida, sin mostrar mayores evidencias para brindar un real resarcimiento al ejecutado con la cautela.

Un sistema judicial no puede sustentarse en una visión unilateral de la tutela que brinda, a través del proceso judicial, sino que debepreciarse por brindar mecanismos de tutela equilibrada y ponderada

¹¹ Véase en ese sentido, la ejecutoria emitida por la Sala Comercial de Lima, en el caso *Cooperativa de Ahorro y Crédito Aelu* con *Andrés Higa Yala* y otros (expediente No. 219-2005 de fecha 30 de junio del 2005) por el que anula la resolución apelada que admite la medida cautelar en forma de secuestro conservativo, por los siguientes argumentos: "la naturaleza y alcances de la contracautela deben ser determinados por el juez al momento de dictar la decisión cautelar; tal y como lo disciplina el tercer párrafo del precitado artículo 611 del Código Procesal Civil, o en todo caso, antes de su ejecución, pues de otro modo surgirá una objetiva desprotección para el demandado o para terceros respecto de los perjuicios que la ejecución de la medida pueda causar en su persona y/o patrimonio (...). En tal sentido, la resolución impugnada resulta nula por no quince al mérito del derecho, más todavía si de lo actuado no aparece que el expediente principal haya merecido sentencia que permita ubicar al tema analizado dentro de la exigibilidad de ofrecimiento de contracautela que refiere el artículo 615 del Código Procesal Civil".

para los sujetos involucrados en la contienda. Ello se justifica en atención al principio de igualdad que inspira al Derecho y por ende al proceso; y que no se agota en la mera afirmación normativa de éste, sino en la construcción de un sistema judicial donde los sujetos tengan iguales posibilidades de participación y de tutela en el proceso. El derecho se afirma, no en la declaración normativa de una situación que se quiere sostener, sino en el reparto equilibrado que debe acompañar a la tutela judicial.

El daño generado con la cautela no es resarcido por quien juró realizarlo; esto es, el riesgo que encierra la ejecución de una tutela cautelar a favor del demandante, no es asumido realmente por dicha parte sino que en la realidad se traslada a la parte afectada con ella, generalmente el demandado. ¿Debemos seguir regulando un sistema que contenga estos desequilibrios en la tutela cautelar? Se puede validar un sistema judicial que tolere la impunidad del demandante frente al daño generado por la ejecución cautelar, por el solo hecho que no tiene bienes con que acudir al resarcimiento.

El estudio de la casuística citada nos permite sostener las siguientes ideas ejes en torno a la problemática descrita. Asumimos que el desequilibrio no opere en el campo normativo, pues, hay una regulación a la contracautela como presupuesto de la resolución cautelar. Este desequilibrio se expresa en la posibilidad de viabilizar o materializar determinada contracautela ofrecida, como es, la contracautela por juramento. No puede ser un argumento alentador para no intentar el cambio de este modo de contracautela, la poca frecuencia de casos que se judicializan para exigir la indemnización; todo lo contrario, el hecho que sea poco frecuente las demandas indemnizatorias provocada por la ejecución cautelar no puede ser justificante para mantener desprotegiendo el derecho del afectado con ello, con mecanismos nada idóneos para dichos fines, todo lo contrario, se hace necesario incorporar otras herramientas que coadyuven a dicha finalidad, como sería la alternativa de la póliza judicial. Con ello, el argumento de ser inexigible la indemnización contra el actor que juró asumir la indemnización, por carecer de bienes, no sería de amparo, pues, ese resarcimiento sería trasladado a una tercera persona, como sería la empresa aseguradora que asume el riesgo. La impunidad frente al daño, tendría como correlato la necesidad de buscar nuevas alternativas que brinden un real aseguramiento al interés del afectado con la cautela.

Otro aspecto que se aprecia se ubica en el camino procesal a seguir para lograr esa reivindicación. En algunos criterios judiciales, el resarcimiento al implicar una nueva pretensión a la originaria, requiere de un nuevo proceso en el que se dilucide el daño; a diferencia de otros criterios, que asumen que sea en el mismo proceso del que derivó la medida cautelar, donde se fije la indemnización. Al respecto tenemos que señalar, que la redacción del artículo 621 del Código Procesal Civil acoge la indemnización en el mismo proceso que diere origen al mandato cautelar; en tal sentido, léase la siguiente redacción: "la indemnización será fijada por el juez de la demanda, dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días".

Otra inquietud que surge, es si la responsabilidad civil es netamente objetiva, esto es, surge a raíz de obtener una sentencia desfavorable al actor. El solo hecho de la derrota, justifica el resarcimiento del daño; esto implica, ¿se requiere de una sentencia que declare infundado el derecho para que opere automáticamente el resarcimiento al afectado con la ejecución cautelar o también dicho efecto se extiende a las sentencias que declaren la improcedencia de la demanda? La redacción del artículo 621 del Código Procesal Civil pareciera que se orienta por esta corriente, pues señala que si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de esta pagará los gastos del proceso cautelar, una multa, y a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.³⁴

³⁴ En el expediente No. 51063-2007 que gira ante el 41 Juzgado Civil de Lima se solicitó la medida cautelar fuera de proceso (medida cautelar genérica) a fin que se evite la transferencia del loas o se imponga cualquier carga sobre este. La medida cautelar fue atendida y en aplicación del artículo 636 del Código Procesal Civil, el beneficiado con la medida, promovió la demanda de nulidad de acto jurídico, la misma que fue declarada improcedente liminarmente.

Como se puede advertir, hay una idea constante que acompaña a esta investigación: la desprotección del afectado con la tutela cautelar, al recurrir al juramento como un mecanismo de aseguramiento.

IV. LOS MITOS DE LA EJECUCIÓN CAUTELAR

Una de las viejas ideas recurrentes que acompaña al imaginario judicial es asumir que el proceso cautelar se orienta única y exclusivamente a dar tutela urgente al demandante de la pretensión, obviando en la reflexión la visión del demandado, quien también tiene la posibilidad de ser afectado con la tutela cautelar. En este último caso, la tutela del afectado se orienta al resarcimiento del daño producto de la ejecución cautelar, a diferencia del actor que se orienta a la tutela del derecho en conflicto.

Esto que es un mito que pervive en el tiempo, se contrasta cuando la voz del demandado reclama ser indemnizado. La alternativa que ha trabajado el sistema judicial es brindarle el juramento del beneficiado con la medida, quien asumirá los gastos de la indemnización, siempre y cuando tenga bienes con qué acudir en la realización. La situación se complica cuando el ejecutante no tiene bienes con que satisfacer el daño; entonces la gran pregunta que surge ¿se tutela adecuadamente los intereses del afectado con la tutela cautelar? Evidentemente que no, pues, toda la materialización de la tutela cautelar se orienta hacia un solo norte, la pretensión del actor, pues, se parte del supuesto que el proceso cautelar, que se promueve e impulsa por el demandante, se realiza a costa y riesgo de esta parte; pero, realmente ello es así, o es una mera ilusión que se viene repitiendo por décadas sin mayor cuestionamiento. Evidentemente que a la luz de las evidencias empíricas mostradas en el trabajo, podemos afirmar que en el proceso cautelar, el único interés por asegurar con efectividad es la del actor –demandante– que promueve el proceso cautelar. Esto que se viene sosteniendo, sin mayor reflexión, merece hoy ser trastocado a fin de incorporar en la visión del juez al demandado, con la misma intensidad con que acoge la pretensión del actor; en atención a ello, las cautelas por juramento deben desaparecer a fin de dar paso a las contracautelas a través de pólizas judiciales. Allí el juez fijará el monto de ellas, al momento de dictar la resolución cautelar, debiendo la parte beneficiada con ella, entregar la póliza por el monto fijado por el juez.

Muchas personas estarán pensando que con este sistema se encarece el costo del proceso, pues, la compra de una póliza judicial implica mayor gasto procesal; sin embargo, debemos señalar que ese gasto es provocado por la inacción del demandado, quien se resiste a cumplir la prestación, por tanto, en la liquidación de los gastos procesales (costas) se tendrá que incorporar el reembolso de los gastos por la compra de la póliza, siempre y cuando sea el actor, demandante, beneficiado con la medida, el que haya obtenido la sentencia favorable a él. Posiblemente el costo del proceso se incremente, pero, más allá del costo, lo que se debe afianzar con la incorporación de la póliza judicial, es el principio de igualdad al que tienen derecho todas las partes en el proceso.

Definitivamente, el juramento no es un mecanismo suficiente para resarcir los daños. Es una mera ilusión que aparentemente recoge la tutela de intereses del afectado y materializa el principio de igualdad, en la medida que quien lo asuma tenga bienes sobre los que pueda realizarse la

En atención a ello, se admitió la medida cautelar genérica, bajo una contracautela por caución juratoria por el monto de \$2,000 dólares para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que se pudieran invocar a los empleados, en caso sea falsa la pretensión. Si una medida cautelar fuera de proceso, no se cumple las exigencias del artículo 636 del Código Procesal Civil, cual es: interponer la demanda dentro de los diez días de ejecutada y que sea admitida esta, procede la caducidad de la medida y por tanto, el levantamiento de esta; sin embargo, teniendo en cuenta que la contracautela tiene un carácter indemnizatorio por los daños causados en la ejecución de una medida cautelar, deben concurrir los elementos de la responsabilidad como son: antijuricidad del hecho imputado, daño causado, relación de causalidad, factores de atribución, por lo que resulta necesario que la parte cumpla con acompañar todos los medios probatorios destinados a sustentar el peticitorio. Resolución No. 3, de fecha 10 de abril de 2008.

indemnización; pero si no se cuenta con ello, ¿quién asume el daño? En otras palabras, el éxito de la indemnización está condicionada a que el responsable del daño tenga bienes con que acudir a ella.

Como no hay un referente objetivo al que se tenga que acudir para la satisfacción del daño, se tendrá que discutir previamente los supuestos de la responsabilidad civil, para luego de lograda la condena, ingresar a la ejecución de esta, en tanto sucede ello, la demora en el resarcimiento será la constante que acompañará al afectado con ella.

La ausencia de criterios rectores judiciales que atribuyan a la indemnización una responsabilidad objetiva, por definir en el mismo proceso, se hace necesario afianzarse para ir construyendo la tutela del demandado.

A la luz de este trabajo, podemos afirmar, que uno de los objetivos por alcanzar se orienta en lograr una modificación al artículo 613 del Código Procesal Civil, a fin de regular otros mecanismos apropiados para real cautela del demandado. Uno de ellos sería la póliza judicial, en reemplazo de la llamada caución por juramento.

V. ¿HACIA DÓNDE IR?

1. La resolución cautelar contiene medidas precautorias a favor del actor y a favor del ejecutado, para asegurar objetos diversos; así pues, el actor persigue el aseguramiento de la satisfacción del derecho en discusión y el ejecutado el aseguramiento del daño provocado por la ejecución cautelar. Si bien, aparentemente podría afirmarse que hay un equilibrio en las prestaciones de la cautela, pues, se asegura los intereses de ambas partes y que la cautela es un mecanismo que debe buscar asegurar simultáneamente tanto el demandante como el demandado; ello no es cierto, pues, una cautela asegurada bajo juramento, no es un mecanismo idóneo que garantice realmente el resarcimiento. En atención a ello, uno de los objetivos de este trabajo se orienta en lograr la modificación al artículo 613 del Código Procesal Civil, a fin de regular otros mecanismos apropiados para la cautela del demandado. Uno de ellos sería, la incorporación de la póliza judicial, en reemplazo de la llamada caución por juramento.

2. La incorporación de la póliza judicial a la contracautela, permitiría que el perjudicado tenga una acción directa frente a la compañía aseguradora del responsable para reclamarle la indemnización pertinente, hasta el límite fijado en el contrato de seguro. Ello como consecuencia del contrato de seguro de responsabilidad civil, que asume una deuda futura e incierta, con estipulación a favor de tercero, el perjudicado afectado con la ejecución cautelar. Esta acción directa, que correspondería al perjudicado frente al asegurador del responsable, es ventajosa, tanto para el propio responsable, como para el perjudicado e incluso para la misma compañía aseguradora, como demostraremos a continuación.

La incorporación del contrato de seguro, también debe permitir que el responsable directo del daño y la compañía aseguradora respondan solidariamente frente al perjudicado, hasta el límite de la suma asegurada, por los daños y perjuicios causados a este por el asegurado. Esto implicaría que en caso de producirse el siniestro cubierto por el contrato de seguro, el perjudicado podría exigir directamente a la compañía aseguradora del responsable la indemnización que pudiere corresponderle, sin renunciar, en ningún caso a la acción que igualmente tiene para exigir al responsable asegurado dicha indemnización. Ambos deudores (responsable asegurado y compañía aseguradora) responden frente al perjudicado de una misma prestación, y el pago efectuado al mismo por cualquiera de ellos extingue el crédito del perjudicado, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que, en el ámbito interno, puedan afectar al responsable y a la compañía aseguradora.

3. La idea central que acoge esta investigación es mostrar las bondades del contrato de seguro para la actividad cautelar, de ahí que en atención a ese objetivo, el trabajo desarrolla un estudio empírico aplicado a los juzgados civiles de Lima. Para el desarrollo de la propuesta se parte de los siguientes enunciados:

3.1. El análisis se realizará en un periodo de tiempo de 5 años, con una rotación financiera de hasta 3 oportunidades.

3.2. El universo de la población bajo este contexto legal, en Lima Metropolitana asciende aproximadamente a 36,000 casos, constituyendo este un 70% del total del país, por lo que tendríamos 51,420 casos a nivel nacional. Para el cálculo de la prima se utiliza este dato, suponiendo que fuesen el total de asegurados.

3.3. Supongamos que aproximadamente el 30% de este universo es a favor del demandado (quien gana el juicio), por lo que; en primer termino; obtenemos la frecuencia, dividiendo la cantidad de casos ganados por año, entre el total de casos a nivel nacional (supuesto).

$$\frac{\text{(CASOS GANADOS)}}{\text{(TOTAL A NIV. NACION.)}} = \frac{15,426.00}{51,420.00} = 0.30 \quad \text{(Frecuencia).}$$

3.4. A continuación obtenemos el promedio de los 10 montos más comunes de demanda en los procesos, así tenemos:

1.-	10,000.00	6.-	60,000.00	(Promedio)
2.-	20,000.00	7.-	70,000.00	
3.-	30,000.00	8.-	80,000.00	55,000.00
4.-	40,000.00	9.-	90,000.00	
5.-	50,000.00	10.-	100,000.00	

Seguidamente multiplicamos la frecuencia con el promedio obtenido:

$$0.30 \times 55,000.00 = 16,500.00$$

3.5. Finalmente obtenemos la prima; cantidad que se paga por una sola vez; ascendente al 10% del resultado anterior:

$$16,500.00 \times 10\% = 1,650.00$$

Este monto se aplicaría durante el periodo de estudio.

3.6. Para el cálculo de la indemnización total se utilizan los siguientes factores:

Al comunicarse a la ciudadanía en general, la aplicación de la presente medida legal, los demandantes tendrán mayor cuidado en promover medidas cautelares, por lo que los porcentajes de los demandados que ganen, tendrían el siguiente comportamiento:

PRIMER AÑO	30%	Se aplica a partir del 3er. Año
SEGUNDO AÑO	25%	Se aplica a partir del 4to. Año
TERCER AÑO	20%	Se aplica a partir del 5to. Año

3.7. La indemnización por persona, ascendería al 50% del promedio de los montos más comunes de demanda, así tenemos:

$$55,000.00 \times 23\% = 12,650.00$$

3.8. El cuadro base para la proyección de resultados en los cinco años (población proyectada mensualmente bajo dicho contexto legal) es el siguiente:

CUADRO No. 1 ANALÍTICO					
	AÑO 1	AÑO 2	AÑO 3	AÑO 4	AÑO 5
ENERO	50	650	1.250	1.850	2.450
FEBRERO	100	700	1.300	1.900	2.500
MARZO	150	750	1.350	1.950	2.550
ABRIL	200	800	1.400	2.000	2.600
MAYO	250	850	1.450	2.050	2.650
JUNIO	300	900	1.500	2.100	2.700
JULIO	350	950	1.550	2.150	2.750
AGOSTO	400	1.000	1.600	2.200	2.800
SEPTIEMBRE	450	1.050	1.650	2.250	2.850
OCTUBRE	500	1.100	1.700	2.300	2.900
NOVIEMBRE	550	1.150	1.750	2.350	2.950
DICIEMBRE	600	1.200	1.800	2.400	3.000

A continuación, mostramos las proyecciones en dichos periodos y así conoceremos los márgenes de utilidad que alcanzarían las compañías de seguro, lo cual nos demuestra que es necesario aplicar este seguro por prevención cautelar y salvaguardando en cierta forma a los demandados y por lo tanto haciéndole justicia y no queden desamparados.

CUADRO No. 2 ANALÍTICO					
MONTOS DEMANDA	FREC.	BASE PARA CÁLCULO	%	PRIMA DE SEGURO	23%
10.000.00	0.30	3.000.00	10.0	300.00	2.300.00
20.000.00	0.30	6.000.00	10.0	600.00	4.600.00
30.000.00	0.30	9.000.00	10.0	900.00	6.900.00
40.000.00	0.30	12.000.00	10.0	1.200.00	9.200.00
50.000.00	0.30	15.000.00	10.0	1.500.00	11.500.00
60.000.00	0.30	18.000.00	10.0	1.800.00	13.800.00
70.000.00	0.30	21.000.00	10.0	2.100.00	16.100.00
80.000.00	0.30	24.000.00	10.0	2.400.00	18.400.00
90.000.00	0.30	27.000.00	10.0	2.700.00	20.700.00
100.000.00	0.30	30.000.00	10.0	3.000.00	23.000.00

VI. CONCLUSIONES

1. La medida cautelar encierra riesgos, desde que no opera con la certeza del derecho, sino con la mera apariencia de este. Ese riesgo debe ser asumido realmente con medidas efectivas, por quien se beneficia con la tutela cautelar y no debe ser trasladado al demandado afectado con la ejecución cautelar.

Bajo ese contexto, afirmamos que la contracautela otorgada bajo juramento, no es un mecanismo de resarcimiento viable. Basta que no tenga bienes el que presta el juramento (beneficiario con la medida cautelar) para que el resarcimiento se torne inviable.

2. La casuística que se presenta en torno al resarcimiento del afectado con la medida no es alentador, pues, lograr ello implica gastos procesales y tiempo, que muchas veces opera como mecanismos disuasivos para iniciar un reclamo formal. Esto nos debe llevar a buscar un sistema equilibrado en las prestaciones cautelares, de tal manera, que asegure realmente, a ambas partes, la satisfacción de sus derechos y no solo de manera unilateral al demandante.
3. El sistema judicial debe orientarse hacia la posibilidad de incorporar los contratos de seguros para la eficacia en el resarcimiento de la contracautela del demandado. Las pólizas de seguro para garantizar la responsabilidad civil del demandante en el proceso, se deben incorporar al mercado asegurador, de tal manera, que se ponga a disposición de los litigantes "seguros de caución" como un medio idóneo y económicamente accesible para garantizar sus obligaciones procesales cuando el Código respectivo así lo exige.

Esto permitiría que el perjudicado tenga una acción directa frente a la compañía aseguradora del responsable para reclamarle la indemnización pertinente, hasta el límite fijado en el contrato de seguro. Esta acción directa, que correspondería al perjudicado frente al asegurador del responsable, es ventajosa, tanto para el propio responsable, como para el perjudicado.

4. Brindar un mecanismo de tutela efectiva a favor de los intereses del demandado (afectado con la medida cautelar), no solo es una expresión de un proceso justo sino de reafirmación de la razón de ser del Derecho, la igualdad, que se va a traducir en las mismas posibilidades de acción que deben tener los participantes en la disputa judicial.

Este trabajo precisamente muestra el notorio desequilibrio que existe en el tratamiento cautelar a favor del demandante y del demandado. El marco legal no resulta idóneo, al sostener que "el juramento" es un mecanismo de garantía, generando con ello, una evidente desprotección a la parte afectada con la medida cautelar ejecutada.

Podemos afirmar que el sistema judicial se inclina preponderantemente a brindar tutela efectiva, unilateralmente, sin prever las consecuencias de ese desequilibrio, al dejar a cuenta, costo y riesgo del ejecutante los resultados de la indemnización del afectado.

Todo ello nos permite afirmar la ceguera del sistema judicial de hoy, cuando traslada al demandado todo el peso del riesgo y del daño, esto es, cuando mira con mayor "intensidad" los intereses del beneficiario con la medida cautelar.