
JUEZ, PARTES Y TERCEROS EN EL CAUTELAR

Eugenia Ariano Deho

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

1. PREMISA

El Código de Procedimientos Civiles (CPC) de 1912 era muy distinto del vigente en materia cautelar. De hecho, prácticamente empernaba el sistema aseguratorio de los resultados de un *juicio* en una única medida: el embargo preventivo,¹ que regulaba tanto en sus presupuestos específicos como en su procedimiento entre los artículos 223 y 246.

1 En la Exposición de Motivos del CPC de 1912 elaborada por el Comité de Reforma Procesal, se dice lo siguiente: "Esta ley no considera como medida precautoria especial, la prohibición de celebrar actos ó contratos, conocida en nuestro tecnicismo forense con el nombre de *no innovación*; porque como prohibición absoluta, es la interdicción civil que solo puede ser impuesta por razón de incapacidad mental, de delito ó de los estados de concurso ó quiebra, pero no por la mera existencia de un juicio civil; y como restricción relativa, esto es, como la prohibición de contratar sobre bienes determinados, sin hacer saber al otro contratante, el estado y la naturaleza del pleito, no se diferencia del embargo preventivo, uno de cuyos efectos es precisamente ese. Ciertamente que la prohibición, bajo este último aspecto, no priva al poseedor del disfrute de la cosa; pero con el embargo preventivo puede suceder otro tanto, si solo se limita al casco de los bienes rústicos ó urbanos, por no ser necesario extenderlo á sus productos. Se ha abusado demasiado de la no in-

Con el CPC de 1993 pasamos a un sistema del todo opuesto al del código derogado, pues en aras de lograr una general variación de concepción de la función jurisdiccional "como actividad eminentemente pública, a través de la cual las partes le conceden al Estado oportunidad para que este declare la voluntad de la ley"² (o sea como parte del paquete "publicístico", *rectius*, "autoritario") se le otorgó al juez, en sendas normas, el denominado "poder general de cautela",³ un poder a ejercitarse a través de un procedimiento tan desprovisto de garantías que no nos debe sorprender en absoluto que cuando se abra una *instancia cautelar*, de tanto en vez y de vez en cuando, en lugar de dársele al Estado la "oportunidad" de "declarar la voluntad de la ley" simplemente se le da la "oportunidad" para ser "arbitrario".⁴

Y dado que en materia civil están normalmente en juego intereses de los particulares, la "arbitrariedad" en materia cautelar repercute en la esfera jurídica de aquellos sujetos que de una u otra manera terminan siendo destinatarios de los efectos de las medidas cautelares, me parece conveniente pasar revista a las normas que

nuestro CPC dedica a los "personajes" de la trama cautelar: el juez, las partes y, cómo no, también a los terceros.

2. LA REGLA: EL JUEZ DEL CAUTELAR ES EL JUEZ DEL FONDO

Un tema crucial, en el que está en juego ni más ni menos la garantía constitucional del juez natural,⁵ es el relativo a la determinación del juez competente para conceder o denegar medidas cautelares.

El CPC de 1912, al regular el embargo preventivo, había dictado tres reglas de competencia:

- Antes del "juicio" era competente para decretar embargos preventivos "todo juez de primera instancia" (artículo 224, primer párrafo).
- Habiendo ya "juicio" "sólo [podía] ordenar embargos preventivos el juez que conoc[ía] de la causa" (artículo 224, segundo párrafo);
- Habiéndose dictado ya sentencia favorable en primera o segunda instancia en el juicio ordinario, el juez compe-

novación: se la ha empleado en toda clase de juicios sin motivo suficiente, y hasta en los interdictos posesorios, en los cuales la medida anticipa el sentido y objeto de la resolución final" (CALLE, Juan José. *Código de Procedimientos Civiles*. Lima: Tipografía El Lucero, 1912, pp. 125 y ss.).

- 2 MONROY GÁLVEZ, Juan. "Introducción al estudio de la medida cautelar". *Temas de Proceso Civil*. Lima: Studium, 1987, p. 79.
- 3 Es decir el poder del juez de dictar cualquier medida cautelar esté o no prevista por el ordenamiento (incluso distinta de la solicitada por la parte). Ese poder le es dado por los artículos 611, 618, 629, 674, 682 y 687 CPC. Hay que señalar que tal poder no es en sí el problema, sino el modo como el CPC ha establecido que pueda ser ejercido: siempre sin contradictorio, es decir, sin dar audiencia a la parte que se va a "afectar" con la resolución.
- 4 Lo reconoce hasta el principal autor del CPC: MONROY GÁLVEZ, Juan y Juan MONROY PALACIOS. "Las relaciones entre los jueces, partes y abogados en el proceso civil peruano". *Revista peruana de derecho procesal* VII, diciembre del 2003, p. 299, señalan como manifestación de corrupción judicial la concesión de ilegales medidas cautelares satisfactivas, sin preguntarse por cierto si la concesión de esas "ilegales" medidas cautelares satisfactivas pueda ser posible por la ausencia de contradictorio. Es más, estos autores no llegan a entender cómo así la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española del 2000 ha podido establecer como regla la concesión de audiencia al demandado antes de la obtención y ejecución de las medidas cautelares. Ídem. "Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada". *Revista Peruana de Derecho Procesal* IV, diciembre del 2001, p. 175.
- 5 Cfr. el interesante ensayo de GHIRGA, María Francesca. "Riflessioni sul significato di giudice naturale nel processo civile". *Rivista di diritto processuale*, 2002, pp. 805 y ss.

tente para dictar el embargo era siempre el juez de primera instancia (artículo 233).

Ergo, *ante causam*, cualquier juez de primera instancia era competente para dictar un embargo preventivo, fuera o no el juez competente para conocer del "juicio por promoverse". Y ello era bastante razonable, pues si el bien a embargarse se encontraba, digamos en Piura, y el demandado domiciliaba en Lima, era por demás lógico que se pidiera (*ante causam*) el embargo al juez de Piura y no ante el juez de Lima. Una vez iniciado el "juicio", el juez del proceso atraía la competencia para toda cuestión relativa al embargo dictado por el otro juez, el cual debía remitirle el expediente respectivo tan pronto como tuviera noticia de la existencia del juicio (artículo 225). Estando pendiente la causa *solo* (luego competencia exclusiva) el juez del proceso podía dictar los embargos, una competencia que se prorrogaba incluso a primera instancia terminada.

3. LA COMPETENCIA ANTE CAUSAM

El CPC de 1993 no siguió esta misma línea para determinar el juez competente. En efecto, si bien el primer artículo de las Disposiciones Generales de las Medidas Cautelares inicia así: "Todo juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso..." (artículo 608), con lo que parecería que *ante causam* es hoy competente para dictar medidas cautelares cualquier juez, conforme al artículo 33 CPC en estos casos, en realidad el competente es el juez que, por razón de grado, sea competente para conocer la demanda próxima a interponerse.

Ello significa que el legislador estableció una regla de competencia funcional in-

derogable en materia cautelar: el único juez competente para conceder o denegar cualquier medida cautelar *ante causam* es el juez que sería el competente si ya se hubiera iniciado el proceso de fondo, para cuya selección hay que aplicar las correspondientes reglas por materia, cuantía y territorio.

Ahora bien, el que el juez del cautelar deba ser el juez del proceso de fondo, próximo a instaurarse, implica que una vez presentada la instancia cautelar, lo primero que tenga que analizar el juez es si él es el competente para conocer del proceso que se anuncia iniciar. Es decir, que mientras con el CPC de 1912 frente a una solicitud de embargo preventivo el juez tenía que analizar únicamente si se daban los presupuestos para su concesión (artículo 227), sin que interesara para nada su competencia para conocer el juicio de fondo, en el CPC de 1993, frente a una solicitud de cualquier medida cautelar lo primero que debe analizar es su propia competencia para conocer el *futuro* proceso de fondo, tanto es así que de ser positivo su juicio en este aspecto y de considerar que se dan todos los presupuestos para la concesión de una medida cautelar, una vez actuada esta, la demanda de fondo debe ser interpuesta "ante el mismo juez" (artículo 636), surgiendo de esta forma una suerte de *forum preventiois*, determinado ya no por la notificación del emplazamiento al demandado (artículos 29 y 30 CPC), sino por la concesión-actuación de la medida cautelar.

4. EL CUESTIONAMIENTO DE LA COMPETENCIA

Este es un aspecto de nuestra normativa procesal, cuya importancia yo no había advertido y que, sin embargo, la tiene (y

cómo!): si antes *cualquier* juez era efectivamente competente (lo que excluía cualquier cuestionamiento de su competencia) hoy ya no es así, por lo que es perfectamente posible que la demanda cautelar se presente ante un juez incompetente.

Y es allí donde surge el primer problema derivado del *método* establecido por el CPC para conceder (y denegar) medidas cautelares: en todos los casos *inaudita altera parte* o sea a espaldas de quien será el destinatario de sus consecuencias. En efecto, y eso lo sabemos todos, el artículo 637 establece que "la petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada". Y si la medida es *concedida*, lo que le sigue es su *ejecución*, y solo tras esta "se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación".

Ergo, si la demanda cautelar se presenta ante un juez incompetente, pueden pasar dos cosas: que el juez, implícita o explícitamente, se considere competente para conocer de "la demanda próxima a interponerse" y considerando procedente la medida, la conceda, y la segunda, obviamente, que no la conceda porque *ex artículo 35 CPC* o, si se quiere, por aplicación supletoria del inciso 4 del artículo 427 CPC), se considere incompetente por materia o cuantía (no ciertamente por razón de territorio, que como sabemos no es apreciable de oficio).

En el primer caso, tras la concesión vendrá la ejecución y notificación al llamado afectado. Y entonces surgen las preguntas: ¿cómo podrá aquel cuestionar la competencia del juez? ¿Podrá hacer valer la incompetencia a través de la apelación del auto concesorio? ¿Podrá hacer valer la excepción de incompetencia ante el juez *a quo*? ¿Podrá, si de competencia territorial se trata, promover la llamada inhibitoria *ex artículos 38 y siguientes CPC*? ¿Tendrá que

esperar que se interponga la demanda de fondo y que le sea notificada para exceptuar *en forma* la incompetencia?

Todas estas preguntas no encuentran una adecuada respuesta en la ley, pues el legislador ni siquiera se planteó este elemental problema; un problema en donde, como dije más arriba, está en juego ni más ni menos que la garantía del juez natural, pues toda la regulación de la competencia, y su cuestionamiento, ha sido pensada para el proceso de fondo y no para el cautelar *ante causam*.

En efecto, en nuestro ordenamiento la competencia del juez se puede cuestionar ya sea ante el propio juez considerado incompetente a través de la excepción de incompetencia (artículo 446 inciso 1 CPC) o, como alternativa, ante el juez que el demandado considera territorialmente competente a través de la llamada inhibitoria. Como es obvio, los plazos, la forma, el procedimiento, los efectos y la resolución, están pensados para que se articule frente a la notificación del llamado "emplazamiento", lo que presupone el planteamiento de la demanda de fondo. Así, la excepción de incompetencia se plantea por escrito "dentro del plazo previsto en cada procedimiento" (artículo 447 CPC), o sea dentro de los diez días en el caso del proceso llamado "de conocimiento" (inciso 3 del artículo 478 CPC); cinco días en el abreviado (inciso 3 del artículo 491 CPC) y en igual plazo (dentro de la propia contestación de la demanda) en el caso del llamado sumarísimo (artículo 552); en el caso del ejecutivo se debe plantear dentro de los cinco días de notificado el denominado mandato ejecutivo con la llamada contradicción (artículo 700 CPC). En todos los casos se da audiencia al demandante a efecto de que absuelva la excepción dentro de los mismos plazos que tuvo el demandado para plantearla, salvo en el sumarísimo, en

donde la absolución se produce en la audiencia "única" (artículo 555 CPC). En el ejecutivo, se absuelve por escrito dentro de los tres días de notificada (artículo 701 CPC). La promoción de la excepción, como cualquier excepción, no "suspende" la tramitación del "principal" (artículo 447 CPC), por lo que el plazo para contestar la demanda sigue corriendo, si es que no coinciden, tal como en el sumarísimo y en el ejecutivo, y, salvo en el ejecutivo, se resuelven en un auto especial. Un mecanismo así obviamente no tiene cabida en el *ultrasumarizado* procedimiento cautelar.

Por lo que atañe a la inhibitoria, siendo más elástica, podría pensarse que sí puede ser aplicable; así, el artículo 38 establece que el demandado debe interponerla dentro de los cinco días de "emplazado"; según el artículo 42 CPC la tramitación de la inhibitoria "suspende" el proceso, y una vez resuelta, en cualquier sentido, según el último párrafo del artículo 42 CPC, vuelve a computarse el plazo "para contestar la demanda, o para ejecutar los medios de defensa correspondientes, según la clase de proceso de que se trate".

Pero dado que lo único que debe apreciar el juez dirimente es la competencia por el territorio (artículo 14 CPC, para las personas naturales; artículo 17 CPC, para las personas jurídicas; artículo 18 CPC, para los entes no personalizados), el mecanismo es altamente ineficiente para hacer valer la garantía del juez natural, pues basta que haya otro demandado (en el caso "afectado"), incluso "ficticio" (o sea un seudolegitimado) que domicilie en la sede del juez ante el que se interpuso la demanda para que no se dirima a favor del juez del domicilio del "afectado" (artículo 15 CPC), sin que el juez dirimente pueda, por cierto, apreciar el problema conexo de la legitimación de los demás "afectados".

Ergo, el llamado "afectado" no cuenta con un cabal y adecuado mecanismo en-

derezado a cuestionar, rápidamente, algo tan elemental como la competencia del juez (y sus temas conexos, como puede ser la falta de legitimación de un "coafectado"). Y eso se llama, pura y simplemente, indefensión, una indefensión que en mi concepto se deriva de haber adoptado del todo, irreflexivamente, para todas las medidas cautelares, un procedimiento que, en la lógica del CPC de 1912, valía solo para el embargo preventivo: la concesión *inaudita altera parte*. Por lo que si nuestro afectado quiere cuestionar la competencia del juez tendrá que esperar que la demanda de fondo se plantee "ante el mismo juez" (artículo 636 CPC) y recién allí podrá interponer la correspondiente excepción o, de tratarse de incompetencia territorial, optar por la llamada "inhibitoria".

5. LA DENEGATORIA Y LA PROMOCIÓN DE *FORUM SHOPPING* CAUTELAR

¿Qué ocurre si es que el juez no concede la medida cautelar por considerarse incompetente? Según el último párrafo del artículo 637, la resolución denegatoria de una medida cautelar, fundada en cualquier motivo y emitida siempre *inaudita altera parte*, es apelable, y de apelarse el demandado no solo no es notificado sino que "el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna".

Ahora, se apele o no se apele, las resoluciones denegatorias de medidas cautelares no se notifican al "demandado". Esto es terrible; tanto si "el superior" confirma como si la resolución del *a quo* queda firme, nuestro "demandante", con toda tranquilidad, podrá replantear, cuántas veces quiera, la misma instancia cautelar ante todos los jueces que quiera, dando lugar a nues-

tro doméstico *forum shopping*, o sea (en teoría, y no tanto) que podría recorrerse todos los juzgados de la República, hasta que encuentre un juez que considerándose competente, y teniendo en cuenta que la competencia por el territorio no se aprecia de oficio, le conceda la medida. Y todo ello con el beneplácito de la ley, que no ha previsto (no digo ya el contradictorio, que es, me doy cuenta, pedir demasiado),⁶ algo tan elemental como el que las resoluciones denegatorias de medidas cautelares se notifiquen al que pudo ser su "afectado".

6. COMPETENCIA PENDENTE LITE

Estando ya pendiente el proceso de fondo en primera instancia, el juez competente para conceder o denegar tutela cautelar es el propio juez que está conociendo tal proceso. Esta regla parece tan obvia que el CPC de 1993 no se dio el trabajo de decirlo expresamente en ninguna de sus normas (aunque se infiere de su artículo 609).

Pero cabe señalar que la identidad de juez parece no tener mayor utilidad, pues a estar a que el "cautelar" constituye un "proceso autónomo" (artículo 635 CPC), cuyo cuaderno se forma solo con copia de la demanda de fondo, sus anexos y la resolución admisoría, y se le agrega la propia demanda cautelar y sus anexos (artículo 640 CPC), más parece que el llamado "principal" y su "incidente" cautelar constituyeran compartimentos estancos, sin in-

fluir el primero sobre el segundo, al menos hasta que no se sentencie (así se desprende del artículo 630 CPC, que prevé que si la sentencia de primera instancia "desestima" la demanda, la medida queda cancelada "de pleno derecho", o sea automáticamente).

Ahora, en el supuesto de que el actor hubiera "obtenido sentencia favorable", lo que puede ocurrir en primera o en segunda instancia, conforme al artículo 615 CPC, el juez competente es el propio juez que conoció el proceso de fondo en primera instancia. La competencia del juez *a quo* queda confirmada por el inciso 1, segundo párrafo del artículo 368 CPC que dispone, en cuanto a la apelación "con efecto suspensivo", que el juez puede, a pedido de parte, "disponer medidas cautelares que eviten que la suspensión produzca agravio irreparable".

Ergo, la regla de que el juez del cautelar es siempre el juez de fondo, sufre, cuando ya existe una sentencia favorable al actor, una sustancial derogación.

Pero la competencia del *a quo* para dictar medidas cautelares en pendencia de las impugnaciones, que puede ser tanto la apelación como el recurso de casación, puede terminar siendo un verdadero problema "psicológico" para tal juez: si él desestimó la demanda y fue el *ad quem* el que la estimó, ¿cómo podrá "conceder" una medida cautelar si él consideró que el actor no tenía la razón?, ¿no sería acaso más oportuno que fuera el *ad quem* el competente? Ciertamente, el CPC siguió en

⁶ Para muestra está el novísimo Código Procesal Constitucional, que en su artículo 15 ha restablecido que las medidas cautelares en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento "se dictan sin conocimiento de la contraparte", salvo cuando los demandados sean los privilegiados gobiernos regionales y locales. Resulta obvio que no nos entra en la cabeza que de fuerza para ciertas medidas típicas, como el embargo, el secuestro y quizá la anotación preventiva de demanda en Italia y España esa es la regla.

esto al CPC derogado, que había previsto la regla solo para el embargo preventivo. Este es otro gran tema para meditar.

7. LAS "PARTES LEGÍTIMAS" DEL CAUTELAR

La determinación de quiénes deben ser las *partes legítimas* del proceso (¿autónomo?) cautelar podría resolverse en una simple frase: aquella del proceso principal de fondo. Pero diciendo esto no se resuelve mucho, pues traslada al cautelar el problema de la determinación de las partes legítimas del proceso de fondo, un tema que parece fácil pero que en realidad no lo es. El problema arranca cuando analizamos el tratamiento que ha recibido la regulación de las partes en el CPC de 1993. En efecto, el artículo 57 CPC discurre de parte "material" (artículo 57), dejando entrever que pueda existir una parte meramente "procesal".

Es más, hay quien dice que en el CPC "se considera parte material a la persona que integra o cree (?) integrar la relación jurídica sustantiva, y que va a formar parte de una relación procesal; es decir, la que es titular del derecho que sustenta la pre-

tensión o a la que se le exige tal pretensión", mientras que "parte procesal" sería "la persona que realiza actividad procesal en nombre de la parte material".⁷

En realidad, allí se anida un equívoco: una cosa es quiénes, en abstracto, *pueden* ser partes en un proceso, en cuanto dotadas de *subjetividad jurídica*, es decir de *capacidad jurídica*, que es a lo que alude el artículo 57 CPC,⁸ y otra quiénes *deben* ser las partes en un concreto proceso, o sea las *partes legítimas*.

Lo primero es un *prius* para lo segundo. "Algo" que carece de subjetividad jurídica obviamente no solo no puede ser considerada "la parte" de un proceso, sino que simplemente no puede ser "centro de imputación" de *ninguna* situación jurídica, ni sustancial ni procesal, y, como tal, no podría ser el receptor de los efectos sustanciales de las resoluciones del juez.

Pero para ser "las partes" de un proceso no basta que los sujetos que así se presentan o son colocados tengan capacidad-subjetividad jurídica, sino que tales "sujetos" deben ser los legítimos y esa legitimación se determina en función de lo que el actor demanda y en relación con quién se lo demanda, lo que pone sobre el tapete el tema del "demandado ficticio",⁹ o sea aquel

7 MONROY GÁLVEZ, Juan. "Partes, acumulación de terceros y sucesión procesal". *Ius et veritas* 6. Lima: Universidad de Lima, 1993, p. 43. Si lo trasladamos a una situación desde el punto de vista estático tendríamos que si alguien otorga poder a otro para que enajene un inmueble suyo, la "parte material" del contrato, como vendedor sería el poderdante, y la "parte contractual" sería "la persona que realiza la actividad (...) en nombre de la parte material" (!).

8 Señala siempre Juan Monroy Gálvez que el CPC le reconoce a algunos órganos públicos o privados el que puedan ser parte en un proceso sin tener personalidad jurídica y que para ello "solo basta que sean interesados directos en un conflicto de intereses", dando como ejemplos "la mesa directiva del Congreso, el órgano directivo de un gobierno regional, una persona jurídica irregular, entre otros". Los ejemplos sorprenden: ¿la mesa directiva del Congreso?, ¿el órgano directivo de un gobierno regional? Pero, de dónde extrae esto el principal autor del CPC? El Congreso puede ser parte de un proceso (actuando a través de su procurador público), pero no su "mesa directiva"; un gobierno regional (hoy) puede ser igualmente parte, como puede serlo un municipio, mas no su presidente o su alcalde, que a lo más pueden ser sus representantes. Una sociedad irregular puede ser parte no porque se lo "permita" el CPC, sino porque la Ley General Sociedades le reconoce subjetividad jurídica ("Procesos judiciales". *La formación del proceso civil peruano*. Lima: Comunidad, 2003, p. 668).

9 La "táctica" del demandado ficticio para distraer las reglas de competencia es muy antigua. De ella ya daba cuenta Cuzziari en 1883 (cfr. al respecto GHIRGA, María Francesca. Op. cit., p. 809, nota 10 y p. 831, nota 79).

que es colocado formalmente por el demandante como demandado, por lo general, para burlar las reglas de competencia.

8. UN "RÍGIDO PARALELISMO" ENTRE LAS PARTES DEL CAUTELAR Y AQUELLAS DEL PROCESO DE FONDO

El CPC dedica a las partes del cautelar una única disposición: el artículo 611, que establece que: "La medida solo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso".

La disposición, de equívoca redacción, resulta netamente influida por la noción de embargo que aparece en el artículo 642 CPC,¹⁰ pero deja entrever que una medida cautelar solo puede desplegar sus efectos entre las partes del proceso de fondo, o, para el supuesto en el cual este aún no se haya iniciado, entre los sujetos que serán sus partes legítimas. Ello es obvio dado el nexo instrumental que existe, o debe existir, entre las medidas cautelares y el proceso de fondo instaurado o por instaurarse.

En tal sentido, sea que ya se haya iniciado el proceso de fondo o que esté por instaurarse, las medidas cautelares solo po-

drán pedirse por quien es o será el demandante, o reconvigente, en el proceso de fondo,¹¹ y solo en relación con quienes son o serán los demandados en el mismo proceso, en cuanto destinatarios de los efectos de la futura decisión de fondo. En tal sentido, debe existir un "rígido paralelismo"¹² entre las partes legítimas, activas y pasivas, del proceso de fondo y las del cautelar, pues dado que las medidas cautelares están dirigidas a asegurar la efectividad del resultado de este, es por demás obvio que los legitimados, activos y pasivos, no podrían ser sujetos distintos.

9. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Por ello, para determinar los alcances subjetivos que pueda tener una medida cautelar, se debe estar a quienes son, o deben ser, las partes del proceso al cual la medida cautelar pedida está, o estará, instrumentalmente enderezada a asegurar la efectividad de sus resultados.

Ello es muy fácil de determinar en el lado activo, o sea, en cuanto al sujeto que puede solicitar una medida cautelar: el demandante, sea que lo haga cual legitimado ordinario o como legitimado extraordinario, o sea el que ejerce en nombre propio un

10 En realidad casi todas (si no todas) las supuestas "disposiciones generales" de las medidas cautelares han sido diseñadas pensando en el embargo, así, el artículo 610 establece que "el que pide la medida cautelar" debe "señalar la forma de ésta" (inciso 2); "los bienes sobre los que debe recaer la medida" (inciso 3); el artículo 617 determina que la medida puede variarse "modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto...". La propia denominación del sujeto pasivo (afectado) corresponde, como se dice en el texto, a la "definición" que da el CPC en su artículo 642 al embargo cual "afectación jurídica de un bien o derecho".

11 He oído decir que sería posible, y que hay por allí algunas medidas cautelares, a favor del demandado. Si ello es así, estamos en el terreno de la aberración: si las medidas cautelares tienen un sentido, es para que el tiempo necesario para obtener la razón no vaya en daño de quien tiene, o parece tener la razón, y ese "quién" no puede ser sino el demandante o el demandado en cuanto reconvigente.

12 Tal es la expresión de ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza ex articolo 700 c.p.c.*, 2ª edición. Padua: Cedam, 1985, p. 261.

derecho ajeno (artículo 60 CPC). En tales casos, el legitimado activo para solicitar y beneficiarse de una medida cautelar, coincide con la calidad de actor o reconviniente del proceso de fondo. Si el proceso de fondo aún no está instaurado, la calidad de parte legítima para solicitar y obtener la medida se determina sobre la base de su mero "anuncio" de instaurar el proceso de fondo con un determinado objeto.

No está de más señalar que si entre el momento en que se pide la cautela y el momento en que deba interponerse la demanda se produce un evento sucesorio, ya sea *mortis causa* o *inter vivos* (por muerte, fusión, escisión, o por cualquier modalidad de cesión de derechos) del derecho invocado en la instancia cautelar, la demanda de fondo puede, del todo legítimamente, ser interpuesta por el sucesor.

10. LEGITIMACIÓN PASIVA

Mucho más problemático puede resultar el determinar al sujeto legitimado pasivamente. En principio, este debe coincidir, como es obvio, con quien es colocado por el propio actor como demandado en el proceso de fondo, instaurado o por instaurarse.

Ahora bien, en cuanto a las medidas cautelares que se piden *ante causam*, los sujetos legitimados pasivamente pueden ser muchos. Así, que el actor no los haya incluido *formalmente* como demandados, o indicado como futuros demandados, a todos los que deban serlo (en los supuestos de litisconsorcio necesario); que, al contrario, haya incluido como demandado a quien no esté legitimado (demandado ficticio); que aun no colocando a un sujeto como futuro demandado, se esté solici-

tando una medida cautelar cuyos efectos se extiendan a la esfera jurídica de los que por claridad de lenguaje podemos llamar "terceros", o sea "no partes" formalmente anunciadas como demandadas.

11. CUESTIONAMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN E INTERVENCIÓN DE TERCEROS

¿Cómo se resuelven estas irregularidades? En principio, hay que tener en cuenta que la legitimación para obrar (activa y pasiva, por cierto) es una circunstancia que puede y debe ser apreciada de oficio en función del objeto de la demanda de fondo, y, como tal, si es que el juez advierte algunos de los defectos de legitimación arriba indicados no debe conceder la medida o, en todo caso, debe poner la circunstancia en conocimiento de la parte actora.

Así, tratándose de un litisconsorte necesario preterido, el juez tiene el poder de integrar la litis conforme al artículo 95 CPC, que si bien está pensado para la demanda de fondo, también es aplicable al cautelar.

Si en cambio se da el supuesto de que se haya incluido un "demandado ficticio" o se ha pedido una medida cautelar cuyos efectos se extienden a un "tercero" no colocado por el propio actor como futuro demandado, el juez debería apreciar la legitimación del uno y del otro. Y si su juicio es negativo no debería conceder la medida cautelar o conceder una que no "afecte" la esfera jurídica de quien no debe ser parte (demandada) en el proceso de fondo.

Pero, realísticamente, el que el juez tenga el poder de apreciar de oficio la legitimación para obrar, no significa que necesaria-

mente lo ejercite. ¿*Quid* si no lo hace y dicta una medida cautelar que "afecta" al no legitimado para ser la parte en el proceso de fondo? Y es aquí donde se aprecia nuevamente la ausencia de instrumentos adecuados para hacer frente a la situación.

Como la medida se dicta siempre *inaudita altera parte*, y solo será notificada al "afectado" o a los afectados *post* ejecución, ¿qué pueden hacer?

La respuesta parece obvia: apelar. Pero ¿*quid* de aquél que no siendo "formalmente" parte del fondo resulta "afectado" con la medida cautelar?, ¿podrá apelar? Me parece que la respuesta es afirmativa, pues al "tercero" se le extienden los efectos de la medida cautelar sin ser formalmente parte, o anunciado como tal, en el proceso de fondo y, sin embargo, termina siendo un "afectado" con la medida, por lo que debe ser tratado, a todos los efectos, como parte del cautelar, aunque solo fuera para obtener la revocación, por parte del *ad quem*, de la medida que lo grava.

Pero además de la apelación, pienso que ese "tercero" puede del todo legítimamente hacer valer ese otro mecanismo previsto por la ley para las partes en el cautelar: la variación de la medida *ex* artículo 617 CPC. Y de auténtica "variación", y no revocación o levantamiento, pues lo que podría plantear ese "tercero" es que la medida se "varíe" solo en la parte que le atañe, dejando incólume el otro posible contenido de la medida cautelar.

Naturalmente, nada impide a cualquier tercero intervenir voluntariamente en el cautelar, en particular como coadyuvante *ex* artículo 97 CPC, y si del caso y en su momento, en proceso de fondo, en cuanto considere que por existir un nexo de interdependencia y/o prejudicialidad en sus relaciones jurídicas con el que resulte "afectado" con una medida cautelar, pretenda, con tal intervención, proteger sus intereses, que

pueden resultar indirectamente "afectados". Pero, ¿*quid* del "demandado ficticio"? Este es todo un tema porque el demandado no legitimado será el último en cuestionar su propia falta de legitimación. Y aquí el CPC hace crisis, pues ni siquiera ha previsto la circunstancia de que se demande, intencionalmente, a quien no es el legitimado.

En efecto, el artículo 446 tiene una excepción: la falta de legitimación del demandante o del demandado. Obviamente, la excepción está prevista para que la haga valer, en el proceso de fondo, quien considere que no es el legitimado, y no por parte de quienes estando legitimados cuestionan la legitimación *de otro* demandado.

¿Podrían los "coafectados" hacer valer la falta de legitimación pasiva de un "coafectado", puesto allí solo para darle competencia territorial al juez? Y si pueden, ¿cómo hacen valer tal falta de legitimación? ¿Con la apelación?, ¿pidiendo la variación *ex* artículo 617? ¿Es que acaso podrían alegar como fundamento de su apelación o de la variación algo que "agravia" a un "tercero", frente a ellos?

Demasiadas preguntas que, en mi concepto, denotan que el problema está en la "ultrasumarización" del cautelar que coloca a la llamada parte "afectada" en una posición de cuasi indifensión.

12. LOS TERCEROS Y EL CAUTELAR. EL ARTÍCULO 623 DEL CPC

En el CPC existen dos disposiciones que hacen expresa alusión a los terceros: los artículos 623 y 624 CPC.

En el primero (el artículo 623 CPC) se habilita a que la medida cautelar pueda "recaer" sobre "bien de tercero", cuando se acredite "su relación o interés con la pretensión principal", pero para que ello pue-

da ocurrir, parecería que se precisara que previamente tal "tercero" hubiera sido "citado con la demanda".

Ahora, es un tanto difícil individualizar a qué hipótesis de derecho sustancial se esté refiriendo esta disposición, pues, al parecer, se trataría de un *auténtico tercero* que, como tal, no estaría pasivamente legitimado para ser parte demandada, pero pese a ello la medida cautelar podría "recaer" en sus bienes.

En mi opinión, este artículo no es aplicable a cualquier medida cautelar sino solo a una: el *embargo de bien de tercero* (o sea de un no deudor). Tal es el clarísimo supuesto del embargo de un bien cuya enajenación haya sido declarada ineficaz por fraude (artículos 195-199 CC). En tal sentido, el acreedor demandante que obtuvo la revocatoria del acto de enajenación puede pedir el embargo del bien o bienes del tercer adquirente, aun cuando no pertenezcan ya al deudor demandado. El tercer adquirente en este caso es un auténtico tercero, que no puede ser colocado como demandado, pues no es el deudor, pero dado que por efecto de la revocatoria los bienes siguen respondiendo por la obligación, debe serle comunicada la existencia del proceso de fondo, a los efectos de que pueda intervenir, si quiere, *ad adiuvandum* (artículo 97 CPC).

Lo que debe quedar claro es que en este específico caso la medida se dicta a sabiendas de que el "bien" es de "tercero" y no del demandado, y ello porque el derecho sustancial permite que un bien que no es del deudor responda por tal deuda.

Pero, considero que para que la medida de embargo proceda, no es un presu-

puesto que antes se haya "citado" al tercero, pues, en caso contrario, no se entendería cómo así el propio artículo 623 CPC lo "legítima" a intervenir, tanto en el principal como en el cautelar, solo después de "ejecutada la medida". En realidad, la disposición hay que interpretarla en el sentido de que, cuando por expresa disposición del derecho sustancial se embarguen bienes de terceros, se les debe citar "post-ejecución" de la medida, a fin de que puedan hacer valer sus derechos tanto en el principal (si ya iniciado), como en el cautelar, siendo que en este último no tiene la calidad de tercero sino de auténtica parte, y así debe ser tratado.¹³

13. EL ARTÍCULO 624 CPC

En el segundo supuesto (el del artículo 624 CPC) estamos ante una situación que, a su vez, es semejante y distinta a la del artículo 623 CPC. Es semejante en cuanto no se refiere a cualquier medida cautelar sino solo a una: el *embargo*. Y es distinta, porque está referida al supuesto en el cual el embargo ha "recaído" sobre un bien de tercero, en el entendido de que era del demandado. Es decir, con el embargo se vincula un específico bien a un igualmente específico derecho de crédito como si fuera de propiedad del demandado (aparente deudor), en aplicación del principio de responsabilidad patrimonial (o sea de aquel principio implícito en nuestro ordenamiento en virtud del cual el deudor responde por el cumplimiento de sus obligaciones con los bienes y derechos que inte-

13 Es situación similar a la que se produce en el proceso de ejecución (en particular en la ejecución de garantías) cuando el bien que responde por la deuda no es del deudor, sino, por ejemplo, de un tercero dador de la prenda o de la hipoteca, o el adquirente del bien hipotecado o prendado, en donde el propietario de los bienes objeto de la ejecución es un tercero frente a la relación obligatoria pero parte ejecutada en el proceso de ejecución.

gran su patrimonio), pero en realidad el bien es de propiedad de tercero, por lo que no puede responder por deuda ajena.

Ahora bien, cuando esta situación se produce, nuestro ordenamiento establece dos caminos como mecanismos para remediar la situación creada (embargo de un bien de tercero en el entendido de que es de propiedad del demandado):

- La tercería de propiedad (artículo 535 y siguientes), fundándose justamente en la propiedad del bien embargado (artículo 533 CPC) o en otro “mejor derecho” sobre tal bien (artículo 100 CPC), que da lugar a un proceso abreviado contra embargante y embargado.
- Pedir la “suspensión” (léase el levantamiento) de la “medida cautelar” sin necesidad de plantear una demanda de tercería (artículo 539 CPC), cuando el derecho del tercero esté inscrito, que da lugar a un incidente interno del cautelar.

No existe otro mecanismo previsto por la ley. Sin embargo, en la praxis se ha venido consolidando una tercera vía “alternativa” al proceso de tercería y al absurdo incidente de “suspensión sin tercería”, conforme al artículo 539 CPC, basada justamente en el artículo 624 CPC, que consiste en apersonarse en el cuaderno cautelar, pidiendo la “desafectación inmediata del bien”. Frente a tal pedido, en la mayoría de los casos, el juez, sin oír a las partes del proceso en el que se dictó el embargo, si está “fehacientemente” convencido de que el bien es de tercero, emite una resolución “desafectando” el bien (léase levantando el embargo).

Sin embargo, tal praxis es *contra legem*, pues lo que regula (o pretendió regular) el artículo 624 CPC es la consecuencia del levantamiento del embargo, es decir, quién debe responder por las costas y costos que

haya tenido que afrontar el tercero propietario para obtener la “desafectación” del bien (léase el levantamiento del embargo), y, a su vez, quién responde por los daños que tal medida habría ocasionado al tercero (de allí que señale que “en atención a las circunstancias” el peticionante de la medida cautelar “perderá la contracautela en favor del propietario”).

No por nada la sumilla del artículo indica como su contenido el de “Responsabilidad por afectación de bien de tercero”. Lo que significa que el artículo 624 CPC en rigor no establece una “tercera vía” para obtener la liberación del bien del vínculo del embargo, sino *las consecuencias del levantamiento del embargo*, es decir, el qué hacer después de que se ha obtenido una resolución de levantamiento, que puede ser la sentencia firme que declara fundada la tercería o el auto en el que se ha dispuesto el levantamiento del embargo *ex* artículo 539 CPC) —no ciertamente la “suspensión”, que nada significa—.

Sin embargo, los pedidos de “desafectación inmediata” por parte de terceros son praxis cotidiana en nuestros juzgados, debido a la equívoca redacción del artículo 624 CPC.

Pero lo que debe quedar claro es que el artículo 624 CPC, pese a estar colocado entre las disposiciones generales de las medidas cautelares, al igual que muchos otros como los artículos 623, 627 y 628 CPC, vale solo para el embargo. En efecto, si para el CPC este consiste en una “afectación jurídica de un bien o derecho” del presunto obligado (artículo 642), “desafectar” es quitar la “afectación”, o sea “desembargar” ese bien, o si se quiere “desvincular”, en cuanto no “perteneciente” al “presunto obligado” sino a tercero.

Ahora, si realmente el artículo 624 CPC regulará una “vía” para que un tercero obtuviera rápidamente el alzamiento de la

medida que grava su bien, estaríamos ante una paradoja: el llamado "afectado" no puede pedirle al *a quo* la revocación (cese, alzamiento, levantamiento o como se le quiera llamar) y, en cambio, el tercero sí.

14. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Hay algo que a mí me parece amargamente curioso: el tan vituperado CPC de 1912 regulaba el embargo preventivo con toda la lógica que esa medida cautelar tenía (y tiene): si el juez estimaba procedente la solicitud lo concedía "sin previa citación ni audiencia del deudor, y sin admitirle en el acto oposición alguna" (artículo 236), pero una vez ejecutado, se admitía tanto la apelación como la oposición al embargo mismo (artículo 241). Es decir, el embargado podía ir directamente al *ad quem* u oponerse ante el *a quo* para obtener su levantamiento.

Hoy, cuando presuntamente tenemos un CPC con el que se eligió "lanzarnos hacia el futuro",¹⁴ se permite obtener, con la etiqueta de "medida cautelar" y siempre *inaudita altera parte*, prácticamente cualquier cosa, y a ejecución cumplida los llamados "afectados" no pueden siquiera formular oposición ante el *a quo*, teniendo a su disposición solo una apelación (no suspensiva) para plantearse dentro de tres generosos días. Moraleja: No nos debemos sorprender de que los "afectados" recurran a los mecanismos más extraños para remediar su situación de indefensión.

Creo que es legítimo que nos preguntemos: ¿Realmente, hacia dónde nos lanzó el CPC de 1993?

14 MONROY GÁLVEZ, Juan. "A cinco años de vigencia del Código Procesal Civil". *Revista Peruana de Derecho Procesal*, 1999, p. 189.