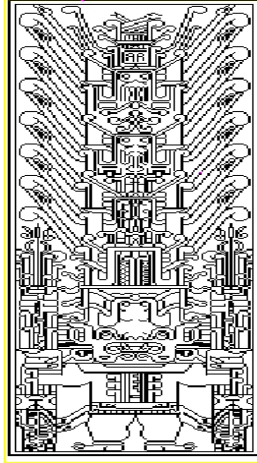


**UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLARREAL**  
**ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO**



**TESIS**

**“LA MEDIDA CAUTELAR INNECESARIA O MALICIOSA”**

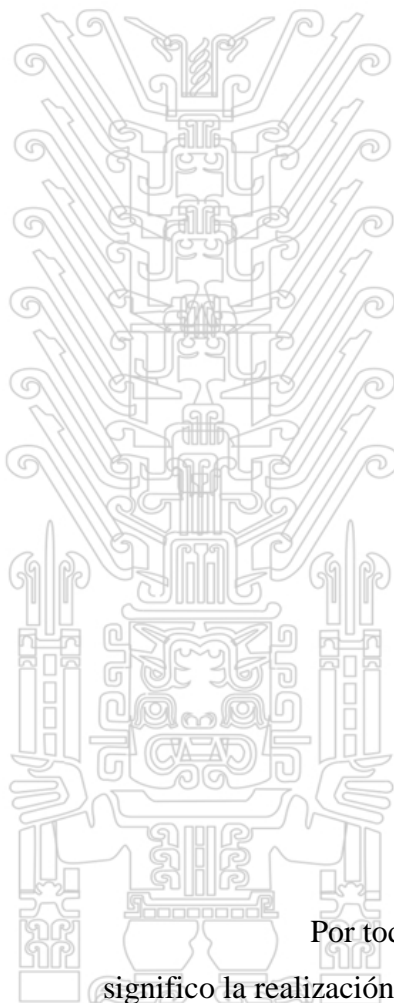
**PRESENTADO POR:**

**MERA CASAS LUIS ALBERTO**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE:  
MAESTRO EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**LIMA- PERU**

**2018**



**DEDICATORIA:**

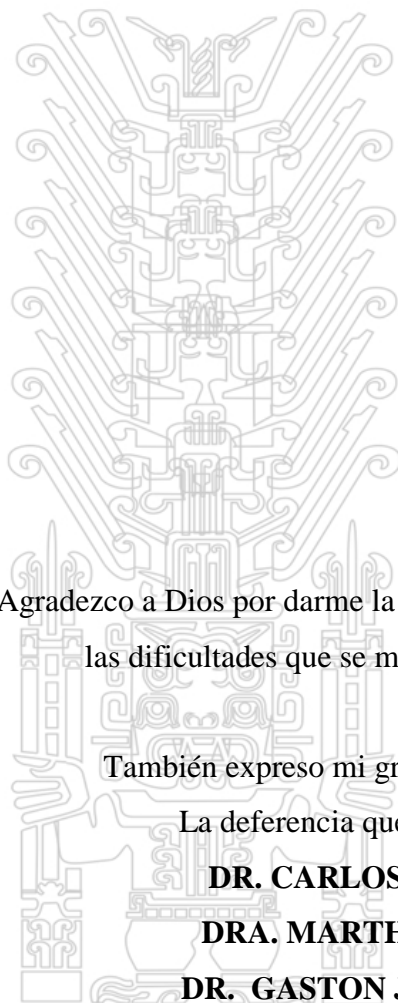
Por todos los esfuerzos y sacrificios que  
significo la realización de esta investigación la dedico a:

    Mi esposa por comprender mi deseo de superación

    A mis hijos por ser la motivación de mi vida

    A mis padres por su apoyo incondicional

    Dios los guarde a todos.



### **AGRADECIMIENTO:**

Agradezco a Dios por darme la fortaleza para no desfallecer ante las dificultades que se me presentaron en la realización de este trabajo de investigación.

También expreso mi gratitud a los integrantes del jurado La deferencia que mostraron al evaluar mi trabajo.

**DR. CARLOS VICENTE NAVAS RONDON**

**DRA. MARTHA ROCIO GONZALEZ LOLI**

**DR. GASTON JORGE QUEVEDO PEREIRA**

A mi asesor:

**DR. EFRAIN JAIME GUARDIA HUAMANI**

Por su invaluable orientación

Mi gratitud a todos

## RESUMEN:

Desde las épocas primitivas los hombres afrontaron inconvenientes con sus congéneres, los cuales dependiendo de la época histórica en que se presentaban, se resolvían de diferentes maneras. Fue en el momento en que decidieron unirse, organizarse como sociedad a través del pacto social, que los hombres decidieron constituir el Estado y depositar en él, dentro de otras facultades, la solución de los conflictos que se surgían y que afectaban la paz y armonía de la comunidad. Para cumplir esta colosal misión, ese ente depositario de la voluntad de los hombres, el Estado diseñó un mecanismo jurídico denominado proceso, el cual dependiendo del área legal de que se trate posee diferentes etapas y se regula por plazos diferentes, así por ejemplo: el proceso penal común, de acuerdo al modelo implementado por el Código Procesal Penal, tiene tres etapas: investigación preliminar, etapa intermedia y juicio oral; en el ámbito del derecho civil, aunque con particularidades propias de cada situación se puede afirmar válidamente que, el proceso indefectiblemente se debe iniciar por una demanda o petición que el interesado presenta ante el órgano jurisdiccional y dirige contra el demandado, petición que necesariamente se debe notificar al demandado para que ejerza plenamente su derecho a la defensa, se continúa con una etapa probatoria y finalmente se dicta la sentencia la cual tiene por objeto definir el conflicto que afecta a la persona o, tal como lo señala la normatividad procesal civil peruana, eliminar la incertidumbre. Dentro de este contexto, a fin de lograr satisfacer sus intereses, la ley reconoce al demandante la posibilidad de solicitar una medida cautelar sobre los bienes del demandado misma que, de paso sirve para asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia fundada, al limitar o imposibilitar su negociación pero, en ocasiones puede suceder que al momento de sentenciar el Juez considera que no puede amparar la petición del demandante y declara infundada la demanda con el consiguiente levantamiento de las medidas cautelares que se hayan dictado, este fenómeno ha sido denominado por nuestra legislación procesal Civil como la medida cautelar innecesaria o maliciosa con las siguientes consecuencias: la condena al pago de las costas y costos generados en el incidente cautelar, la imposición de una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al demandado que la soporta. La situación descrita de esta manera parecería justa pero, en la práctica no es así, en la mayoría de los casos los jueces no ordenan el resarcimiento de los perjuicios, situación que abordada en este trabajo de tesis al cuestionarnos: ¿Qué motivos influyen en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa? luego de analizar la situación dentro de la normatividad, la

jurisprudencia y la doctrinal presentadas en el marco teórico de la investigación se expuso como respuesta tentativa que “Los motivos que influyen la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa son: que se ha restringido para ser solicitada solo cuando la demanda sea declarada infundada, y que se debe solicitar en el mismo proceso y ante el mismo juez que la dicto” de manera que, la tesis se dirigió a “Establecer, motivos influyen en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa valiéndonos del estudio de la ley, de los conceptos emitidos por la jurisprudencia y de la opinión de los doctrinantes para proponer modificaciones al Código Procesal Civil”, metodológicamente la investigación se realizó bajo el diseño no experimental, la muestra estuvo integrada por 62 individuos a quienes se les aplicó la encuesta, sometidos al muestreo no probabilístico, se utilizaron los métodos de investigación sistemático, exegetico y hermenéutico. La información que la sustenta fue sometida a las técnicas de: análisis documental, indagación, conciliación de datos, etc., los datos a utilizar se trataron a través del registro manual, y el sistema SPSS que arrojó como resultado a destacar que los motivos que influyen en la ineficacia de la medida cautelar maliciosa o innecesaria son: que solo se pueda solicitar cuando la demanda sea declarada infundada influye la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa, 95%; y que la exigencia de solicitar la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa en el mismo proceso y ante el mismo Juez que la dictó. 96% resultados contratados y discutidos.

**Palabras claves:** medida cautelar, medida cautelar innecesaria o maliciosa, ineficacia.

**LUIS ALBERTO MERA CASAS**

## ABSTRACT:

From the primitive times the men faced disadvantages with their congeners, which depending on the historical epoch in which they appeared, were solved in different ways. It was at the moment they decided to unite, to organize themselves as a society through the social pact, that men decided to constitute the State and deposit in it, within other faculties, the solution of conflicts that arose and that affected peace and harmony . Of the community. In order to fulfill this colossal mission, that depository entity of the will of men, the State designed a legal mechanism called process, which depending on the legal area in question has different stages and is regulated by different terms, for example: the process common criminal, according to the model implemented by the Code of Criminal Procedure, has three stages: preliminary investigation, intermediate stage and oral trial; in the field of civil law, although with specific characteristics of each situation can be validly stated that the process must inevitably be initiated by a demand or petition that the interested party presents before the court and directed against the defendant, a request that must necessarily be notify the defendant so that he fully exercises his right to defense, continues with an evidentiary stage and finally dictates the sentence which aims to define the conflict that affects the person or, as indicated by the Peruvian civil procedural regulations, eliminate uncertainty Within this context, in order to satisfy their interests, the law recognizes the plaintiff the possibility of requesting a precautionary measure on the property of the defendant, which, incidentally, serves to ensure compliance with an eventual judgment, by limiting or precluding their negotiation but sometimes it can happen that at the moment of sentencing the judge considers that it can not cover the petition of the plaintiff and declares the claim unfounded with the consequent lifting of the precautionary measures that have been issued, this phenomenon has been called by our procedural legislation Civil as the unnecessary or malicious precautionary measure with the following consequences: the condemnation to the payment of the costs and costs generated in the precautionary incident, the imposition of a fine of no more than ten Units of Procedural Reference, the compensation of the damages caused to the defendant who endured it. The situation described in this way would seem fair but, in practice, this is not the case, in most cases the judges do not order compensation for damages, a situation that is addressed in this thesis when questioning: What reasons influence the ineffectiveness of compensation for unnecessary or malicious precautionary measure? After analyzing the situation within the regulations, jurisprudence and doctrine

that "The reasons that influence the ineffectiveness of the compensation for unnecessary or malicious precautionary measure are: that has been restricted to be requested only when the demand is declared unfounded, and that it must be requested in the same process and before the same judge who dictated it "so that, the thesis was addressed a "Establish, motives influence the ineffectiveness of the compensation for unnecessary or malicious precautionary measure using the study of the law, the concepts issued by the jurisprudence and the opinion of the doctrinantes to propose amendments to the Civil Procedure Code ", methodologically the research was conducted under the non-experimental design, the sample consisted of 62 individuals who were applied the survey, subjected to non-probabilistic sampling, the methods of systematic, exegetical and hermeneutical research were used. The knowledge on which the study was based was analyzed through the analysis techniques provided in the scientific method., the data to be used was treated through manual registration, and the SPSS system that resulted as a result that the reasons that influence in the ineffectiveness of the malicious or unnecessary precautionary measure are: that can only be requested when the demand is declared unfounded, the ineffectiveness of the compensation for unnecessary or malicious precautionary measure, 95%; and that the requirement to request compensation for unnecessary or malicious precautionary measure in the same process and before the same judge who issued it. 96% results contracted and discussed.

**Key words:** precautionary measure, unnecessary or malicious precautionary measure, ineffectiveness.

**LUIS ALBERTO MERA CASAS**

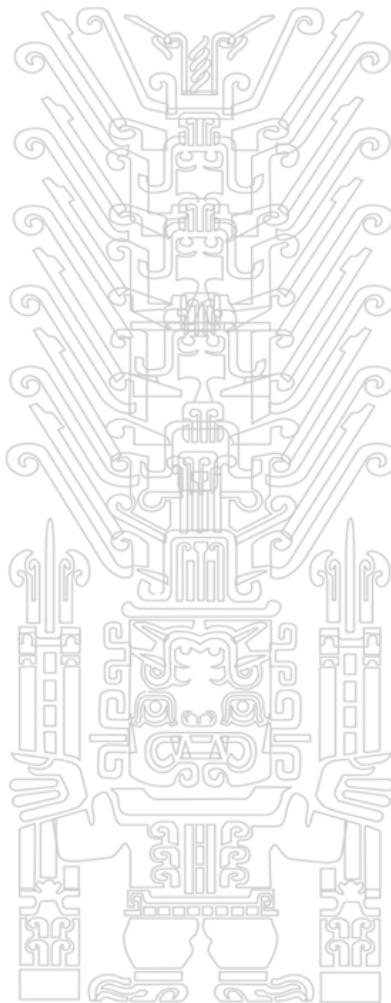
## INTRODUCCION:

La normatividad civil ha previsto para los asuntos los que se debaten derechos económicos, la facultad, en favor de quien desea se le resuelva un conflicto o se le disipe una incertidumbre que tiene, de solicitar bien sea, fuera del proceso o dentro de un proceso ya iniciado, que dicte una medida cautelar o medidas cautelares sobre los bienes de quien consideran obligado a satisfacer una prestación económica en su favor. Esta petición, en la práctica debe reunir los mismos requisitos que una demanda y debe estar fundada en medios de pruebas que se deben anexar para demostrar los hechos en que se fundamenta y en especial en cuanto se refiere a que el derecho en que fundamenta exista, que la cautela es urgente de manera que, la demora en otorgarse constituye un peligro, para el éxito de la pretensión solicitada y que esa medida sea razonable o coherente con lo pretendido por ende, no excesiva ni insuficiente. El Juez analiza la solicitud, verifica el cumplimiento de sus presupuestos, colocando especial énfasis en los mencionados y puede dictar la medida cuatrear de la manera como ha sido diseñada por el peticionante o la que a su juicio sea la más indicada, de manera que de una parte asegure la satisfacción del derecho alegado por el recurrente y de otra, el eventual cumplimiento de la sentencia, en el caso de que se considere fundada la demanda. Pero, si la demanda se declara infundada, al no existir la causa en que se fundó, se debe levantar la medida que se dictó e imponer las sanciones que taxativamente señala el artículo 621 del Código Procesal Civil pues, esa medida cautelar devino en maliciosa o innecesaria, es decir, el pago de las costas y costos del proceso cautelar, multa no mayor a diez Unidades de Referencia Procesal y, a petición del perjudicado con la cautela puede además, condenarlo al pago de los perjuicios que se le generaron, desafortunadamente esta última alternativa en la práctica no se verifica, quien ha sido perjudicado debe acudir a otras acciones para lograr la indemnización por el perjuicio sufridos, no debería ser así pues, conforme a la norma mencionada, ésta se debería lograr a través de un procedimiento expedito. Sobre esta realidad, desarrolle mi trabajo de tesis titulado **“LA MEDIDA CAUTELAR INNECESARIA O MALICIOSA”**, utilizando el método científico y observando los protocolos de la Escuela Universitaria de Posgrado de la UNFV. Dentro de este contexto mi investigación consta de cinco capítulos: el primero correspondiente planteamiento del problema, el segundo: el marco teórico, el tercero referido al método utilizado en la investigación, el cuarto referido a los resultados obtenidos al aplicar la encuesta,

su examen, la contrastación de la hipótesis alterna para posteriormente, se abordar su discusión.

Al final del trabajo se relacionan los Anexos de la investigación: matriz de consistencia, le encuesta y el cuestionario utilizad, la validación de instrumento por experto. .

**LUIS ALBERTO MERA CASAS**



# “LA MEDIDA CAUTELAR INNECESARIA O MALICIOSA”

## ÍNDICE

Dedicatoria	01
Agradecimiento	II
Resumen	III
Abstract	0V
Introducción	VII

### CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Antecedentes de la investigación	01
1.2 Problema	02
1.2.1 Problematización	02
1.3. Estructuración del problema	05
1.3.1. Problema principal	05
1.3.2. Problemas específicos	05
1.4. Objetivos de la investigación	06
1.4.1. Objetivo principal	06
1.4.2. Objetivos específicos	06
1.5. Justificación de la investigación	06
1.5.1. Justificación metodológica	06

1.5.2. Justificación teórica	06
1.6. Importancia de la investigación	07
1.7. Alcances y limitaciones	07
1.7.1. Delimitación espacial	07
1.7.2. Delimitación temporal	07
1.7.3. Delimitación social	07
1.7.4. Delimitación conceptual	07
1.7.5. Limitaciones de la investigación	08
1.8. Definición de variables	08
1.8.1. Variable independiente	08
1.8.2. Variable dependiente	08

**CAPITULO II:**  
**MARCO TEORICO**

II. MARCO TEÓRICO	09
2.1. MEDIDA CAUTELAR	09
2.1.1. Tutela cautelar	09
2.1.2. Concepto	10
2.1.3. Presupuestos	12
2.1.3.1. La apariencia del Derecho invocado	13
2.1.3.2. Peligro en la demora	14
2.1.3.3. Adecuación	15

2.1.3.4.	Contracautela	15
2.1.4.	Características	16
2.1.5.	Clasificación	20
2.1.5.1.	Medida cautelar genérica y específica	20
2.1.5.2.	En la Legislación Civil Peruana	22
2.1.5.2.1.	Criterios	22
2.1.5.2.2.	Clases	23
2.1.6.	Aspectos procedimentales	26
2.1.6.1.	Caducidad	26
2.1.6.2.	Cancelación	27
2.1.7.	Proceso cautelar	27
2.1.7.1.	Autonomía	28
2.1.7.2.	Universalidad de aplicación	30
2.1.7.3.	Acumulación	31
2.1.7.4.	Demanda	31
<b>2.2.</b>	<b>Medida cautelar maliciosa</b>	<b>32</b>
2.2.1.	Indemnización	32
2.2.1.1.	Tesis Objetiva	32
2.2.1.2.	Tesis subjetiva	34
2.2.1.3.	Tesis del riesgo	35
2.2.1.4.	Tesis acogida por el Código Procesal Civil	36
2.2.2.	Legislación comparada	37

2.3. Conceptos relacionados con la investigación

39

2.4.	HIPOTESIS	41
2.4.1.	Hipótesis Principal	41
2.4.2.	Hipótesis Específicas	41

### **CAPITULO III:**

#### **METODO**

3.1.	Tipo de investigación	42
3.2.	Nivel de investigación	42
3.3.	Métodos de investigación	42
3.4.	Diseño de investigación	43
3.5.	Estrategia de prueba de hipótesis	43
3.6.	Operacionalización de las variables de la investigación	44
3.7.	Población de la investigación	44
3.8.	Muestra de la investigación	44
3.9.	Técnicas e instrumentos de Recopilación de Datos	46
3.10.	Técnicas de procesamiento de información	47
3.11.	Técnicas de análisis de información	47

### **CAPITULO IV:**

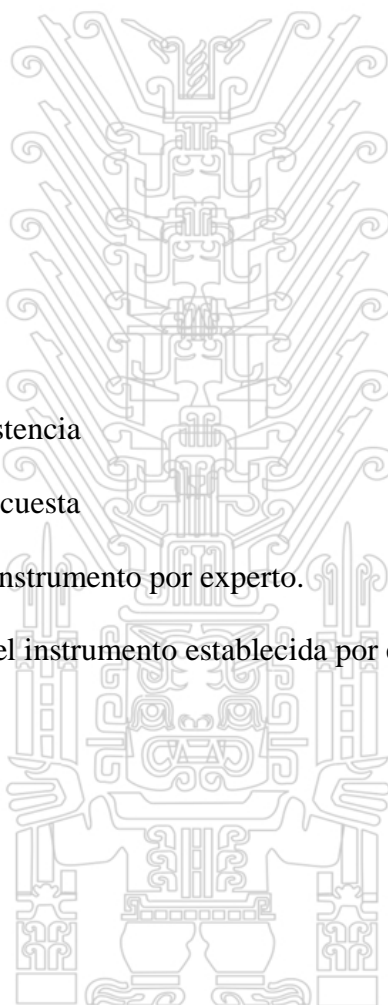
#### **RESULTADOS**

4.1.	Análisis de la encuesta	48
4.2.	Contrastación de la hipótesis	63

## **CAPITULO V:**

### **DISCUSION**

5.1.	Discusión de los resultados obtenidos	67
5.1.1.	Discusión de respuestas de la encuesta	67
5.1.2.	Discusión de los resultados de la contrastación estadística	70
5.2.	Conclusiones	71
5.3.	Recomendaciones	72
5.4.	Bibliografía	73
VII.	ANEXOS	77
	Anexo No. 1: Matriz de consistencia	77
	Anexo No. 2: Instrumento: Encuesta	78
	Anexo No. 3: Validación del instrumento por experto.	81
	Anexo No. 4: Confiabilidad del instrumento establecida por experto.	82



## CAPITULO I:

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION

En este trabajo se ha analizado cuáles son los motivos que influyen para que la indemnización de perjuicios originada en una medida cautelar innecesaria o maliciosa no resulte eficaz es decir, a pesar de ser una sanción prevista y autorizada por la Ley procesal Civil; no permite la indemnización o el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos con su ejecución. Dentro de este contexto se procedió a indagar en la literatura existente a fin de ubicar investigaciones en las cuales se aborde la problemática planteada de manera que se puedan tener como antecedentes de esta investigación, legando a determinar respecto a las medidas cautelares, la existencia de infinidad de investigaciones en las que, en la mayoría de casos, se analizan los tipos de medidas cautelares autorizadas por el Código Procesal Civil precisando: su procedencia, sus características, sus requisitos, la manera la jurisprudencia las ha analizado, etc. Pero, en torno al asunto que ocupa a esta indagación, resultan pocos las investigaciones realizadas. En consecuencia se pueden citar como antecedentes:

El artículo de Veramendi Flores, titulado “Restricción a la tutela jurisdiccional efectiva en la pretensión de indemnización por ejecución de medida cautelar innecesaria o maliciosa” en la cual el autor analiza posiciones doctrinales, jurisprudenciales y situaciones concretas ocurridas en el desarrollo de la actividad judicial que le permiten llegar a concluir que “El art. 621.º del Código Procesal Civil no regula la pretensión de indemnización por ejecución de medida cautelar innecesaria o maliciosa en todos los supuestos de conclusión del proceso, limitándose únicamente al caso de que la demanda sea declarada infundada, por ende, existe laguna del derecho respecto de los demás supuestos.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> VERAMENDI FLORES, Erick. “Restricción a la tutela jurisdiccional efectiva en la pretensión de indemnización por ejecución de medida cautelar innecesaria o maliciosa” sin fecha, disponible en <http://boletinderecho.unsib.edu.pe/articulos/Art%C3%ADculo%20-%20RESTRICCI%C3%93N%20A%20LA%20TUTELA%20JURISDICCIONAL%20EFECTIVA%20E>

El ensayo de Campos García, in titulado “Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa” en su contenido el autor analiza desde el punto de vista doctrinal, legal y jurisprudencial las sanciones establecidas por el artículo 621 del Código Procesal Civil “(...) pago de las costas y costos del proceso cautelar, multa no mayor de diez Unidad de Referencia Procesal y la indemnización de daños y perjuicios ocasionados”<sup>2</sup> respecto a nuestro problema de estudio presento como conclusión que “De este modo se puede concluir que el criterio de imputación de responsabilidad civil por la actuación de resoluciones cautelares en nuestro ordenamiento no está predeterminado por el legislador procesal, de modo que será viable recurrir tanto a una imputación subjetiva como a una objetiva”<sup>3</sup>

Se debe considerar también el aporte que la Doctrina Nacional en sus textos de formación universitaria en Derecho Procesal Civil realiza sobre la materia, tal como se indicara a lo largo de este estudio.

## **1.2. PROBLEMA**

El problema desarrollado en este estudio consiste en la ineficacia de la indemnización como sanción por medida cautelar o innecesaria en el proceso civil.

### **1.2.1. Problematización:**

La Constitución Política del Perú reconoce en su artículo 139.3, el derecho a la “tutela jurisdiccional”<sup>4</sup> en defensa de cualquier habitante del país que desee convocar el poder judicial para que le solucione un conflicto que posee o en el que se encuentra involucrado, en cual, dentro del ámbito del Derecho Civil se caracteriza en la mayoría de los casos por ser de índole patrimonial. El reconocimiento de este derecho apareja correlativamente una facultad para el Poder Judicial, tal como lo reconoce el artículo 1° de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>5</sup>; al señalarse que éste a través de sus órganos

---

[N° 20LA/20PRETENSI/C3/93N/20DE/20INDEMNIZACI/C3/93N/20POR/20EJECUCI/C3/93N/20DE/20MEDIDA/20CAUTELAR/20INNECESARIA/20O/20MALICIOSA.pdf](#)

<sup>2</sup> Código Procesal Civil artículo 621

<sup>3</sup> CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. “Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa” en Código Procesal Civil comentado – Tomo IV para Gaceta Jurídica, 2017, p.765

<sup>4</sup> Constitución Política del Perú artículo 139.3

<sup>5</sup> Ley Orgánica del Poder Judicial “Artículo 1.-Potestad exclusiva de administrar justicia. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos

debe hacerlo efectivo pronunciándose en cualquiera de los sentidos señalados expresamente por la ley, en el caso concreto de esta investigación la civil; sobre la pretensión formulada en la demanda. Es decir el Juez como representante del poder judicial debe emitir un juicio de valor sobre la petición en litigio, bien sea declarándola fundada o infundada o culminando el proceso anticipadamente.

En efecto, el órgano judicial adquiere competencia para resolver un conflicto cuando la parte interesada presenta una demanda, entendida en términos sencillos como: la petición de lo que se desea; con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley procesal civil pues, de lo contrario puede ser declarada inadmisibles o improcedente según el caso. Con la presentación de la demanda se da inicio al proceso judicial es decir, a esa serie de actos metodológicamente entrelazados que conforme a la ley se deben cumplir para resolver la cuestión debatida. Pero, la solución de la cuestión no se produce de manera inmediata, para llegar a ella resulta obligatorio cumplir con todas actuaciones procedimentales previstas por la ley de acuerdo a la naturaleza del asunto en cuestión, en este sentido el proceso puede ser contencioso o de cumplimiento por ejemplo; además la solución también depende cumplimiento de plazos explícitos y fijos previstos por la Ley, de manera tal que las partes vinculadas al proceso conocen de antemano el plazo que demanda la solución del conflicto-

Sin embargo, en la práctica el esfuerzo realizado por el Legislador al establecer los plazos procesales se ve frustrado, por cuanto se pueden presentar dos tipos de situaciones: unas intrínsecas (al interior) del proceso como pueden ser: la excesiva utilización de los recursos por las partes; la utilización de maniobras dilatorias, etc.; y otras extrínsecas, tales como: la excesiva carga laboral, los paros judiciales, la falta de personal en el órgano judicial, etc.; que conducen a que los plazos fijados por la ley no puedan cumplirse, en especial los relacionados con la emisión de las resoluciones por parte del Juez y el proceso se prolongue en el tiempo mucho más de lo esperado.

Ante esta realidad, los demandantes, entendiéndose que para nuestra investigación nos referimos a los procesos civiles, han asimilado el hecho de que la pretensión objeto del

---

con sujeción a la Constitución y a las leyes. No existe ni puede instituirse jurisdicción alguna independiente del Poder Judicial, con excepción de la arbitral y la militar.” Disponible en <http://ocma.pj.gob.pe/contenido/normas/lopi.pdf>

proceso principal puede verse dilatada debido al riesgo que implica la demora en la resolución del proceso y con el objeto de asegurar el cumplimiento de la decisión, optan por solicitar al Juez que conoce del proceso, dicte una medida cautelar tal como lo autoriza el artículo 608. 3 del Código Procesal Civil, petición debe cumplir con todas las formalidades de una demanda y debe estar debidamente sustentada en pruebas. Sin embargo se debe precisar que, no es suficiente que la petición de la medida cautelar cumplan con los requisitos formales para que el Juez la dicte, se requiere además demostrar: “1.la verosimilitud del derecho invocado, 2.la necesidad de la emisión de la medida por constituir peligro de demora del proceso u otro similar y 3 la razonabilidad de la medida para garantizar la pretensión”<sup>6</sup>; de manera que, sólo si el Juez considera que se han satisfecho de manera adecuada estos requisitos procede a dictar la medida cautelar solicitada o la que a su juicio considere adecuada en el caso, debiendo prestar el demandante contracautela para asegurar al afectado con la medida la indemnización de los perjuicios que como consecuencia de su ejecución se le hubieran podido causar. Formalmente la contracautela se debe prestar una vez se ha dictado la medida a fin de que se ejecute pero, en la práctica legal se acostumbra, por económica procesal acompañarla a la petición.

La medida cautelar dictada por norma general, rige durante todo el proceso, hasta que se decida de fondo la pretensión de manera que, si la sentencia resulta fundada la medida cautelar contribuirá a su cumplimiento pero, si es declarada infundada se debe levantar, evento que tal como lo dispone el artículo 621 del Código Procesal Civil con el *nomen iuris* “Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa” genera para el demandante que la solicito tres tipos de condenas, debiendo pagar: “(...) i) las costas y costos del proceso cautelar; ii) una multa no mayor a diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, entiéndase del perjudicado por la medida, iii) podrá ser condenado a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados”<sup>7</sup>, consecuencias que, a nuestro juicio, resultan acertadas en especial en lo que hace referencia a la indemnización o resarcimiento de los perjuicios en favor del afectado con la medida pues, durante el tiempo en que estuvo vigente se le pudieron haber generado perjuicios materiales, por ejemplo por no poder vender el objeto de la medida, por no poder

<sup>6</sup> Código Procesal Civil artículo 611.  
<sup>7</sup> Idem artículo 621

hipotecarla para obtener un dinero que necesitaba, etc. En este sentido compartimos la opinión de la doctrina en cuanto a que esta sanción constituye un dispositivo dirigido a lograr un equilibrio entre las partes procesales así: en favor de quien resulto perjudicado y haciendo efectivo el riesgo que asumió quien solicitó la medida designado como titular en el Código Procesal Civil.

Desde el punto de vista formal, esta regulación resulta adecuada pues, en nuestro concepto, al declararse infundada la demanda principal, la medida cautelar se debe levantar y consecuentemente se deben resarcir los perjuicios sufridos, en primer lugar por la administración de justicia, representados en las costas y costos generados de la medida y los que hubiera podido sufrir quien resulta perjudicado. Desafortunadamente, en la práctica legal esa indemnización deviene en ineficaz, pues no se logra hacerla efectiva, los perjudicados con una medida cautelar maliciosa o innecesaria a pesar de haber sufrido perjuicios no logran ser indemnizados, situación que ha motivado la realización de este estudio dirigido a establecer los motivos que influyen para que tal compensación no se efectúe, de manera que se puedan proponer soluciones dentro del derecho procesal civil.

### **1.3. ESTRUCTURACION DEL PROBLEMA**

#### **1.3.1. PROBLEMA PRINCIPAL:**

¿Qué motivos influyen en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa?

#### **1.3.2. PROBLEMAS ESPECIFICOS:**

1. ¿De qué manera influye en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa el que solo se pueda solicitar cuando la demanda sea declarada infundada?
2. ¿En qué sentido influye en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa el tener que solicitarla en el mismo proceso y ante el mismo Juez que la dictó?

## **1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION**

### **1.4.1. OBJETIVO PRINCIPAL**

Establecer, motivos influyen en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa valiéndonos del estudio de la ley, de los conceptos emitidos por la jurisprudencia y de la opinión de los doctrinantes para proponer modificaciones al Código Procesal Civil.

### **1.4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS:**

1. Analizar la manera cómo influye en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa el que solo se pueda solicitar cuando la demanda sea declarada infundada
2. Señalar el sentido en que influye en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa, el tener que solicitarla en el mismo proceso y ante el mismo Juez que la dicto.

## **1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACION**

### **1.5.1. JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA**

Para el desarrollo de esta investigación se tuvo en cuenta la existencia de una situación problemática: la ineficacia de la indemnización como sanción por medida cautelar o innecesaria, que requirió un análisis metodológico para determinar sus causas o motivos y correlativamente proponer reformas al Código Adjetivo Civil que permitan solucionarla.

### **1.5.2. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA**

Esta investigación presenta fundamentos teóricos que permiten solucionar el problema de la ineficacia de la indemnización originada en la medida cautelar innecesaria o maliciosa

en el proceso civil o fuera de él, establecidos de acuerdo a los preceptos legales, la jurisprudencia y la doctrina, de esta manera resulta ser precursora en el tema.

## **1.6. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION**

Una vez alcanzados los objetivos propuestos se llegó a establecer algunos motivos que originan la ineficacia de la indemnización generada por haberse dictado y practicado dentro del proceso civil o fuera de él una medida cautelar que deviene en innecesaria o maliciosa, de manera que puedan ser tenidos en cuenta por los Legisladores del Perú para modificar el artículo 621 del Código Procesal Civil y puedan ser consultados por investigadores como su objeto de estudio.

## **1.7. ALCANCES Y LIMITACIONES**

### **1.7.1. DELIMITACION ESPACIAL**

Geográficamente se eligió realizar esta investigación en Lima Centro.

### **1.7.2. DELIMITACION TEMPORAL**

La situación analizada comprendieron el lapso comprendido entre el 01-01- 2015 a 30-06- 2016 pero se confía en que sus resultados sean observados por los legisladores del Perú para modificar el artículo 621 del Código Procesal Civil y por otros investigadores de manera que se suscite un debate teórico en el que se aporten más elementos para hacer viable la modificación legal propuesta.

### **1.7.3. DELIMITACION SOCIAL**

Para la realización de esta investigación, resulto trascendental la comunicación con miembros del poder judicial pertenecientes al área del derecho civil y comercial entre los que se cuentan: Jueces, secretarios y especialistas.

### **1.7.4. DELIMITACION CONCEPTUAL**

- Mediada cautelar maliciosa o innecesaria
- Ineficacia

### **1.7.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN**

La inexistencia de estadísticas sobre la manera como los jueces han resuelto las peticiones de indemnización provenientes de la medida cautelar maliciosa en principio se constituyó en limitante de esta investigación pero, fue superada.

### **1.8. DEFINICIÓN DE VARIABLES**

#### **1.8.1. VARIABLE INDEPENDIENTE: MEDIDA CAUTELAR**

Decisiones tomadas por los Jueces a solicitud del legitimado, dirigidas a limitar el ejercicio de derechos, ya sean de tipo personal o el de la propiedad, para asegurar el cumplimiento de la sentencia y/o los intereses del demandante, son de carácter temporal y deben reunir los presupuestos señalados por la ley.

#### **1.8.2. VARIABLE DEPENDIENTE: INDEMNIZACIÓN POR MEDIDA CAUTELAR INNECESARIA O MALICIOSA**

Derecho consagrado por el artículo 621 Código Procesal Civil, en favor de la persona (natural o jurídica) que resulta perjudicada con una medida cautelar dictada sobre sus bienes, que ha sido levantada como consecuencia de la sentencia que declara infundada la demanda y que le faculta para pedir el Resarcimiento de los perjuicios que se le han ocasionado.

## **CAPITULO II:**

### **MARCO TEORICO**

#### **II. MARCO TEÓRICO**

##### **2.1. MEDIDA CAUTELAR**

###### **2.1.1. Tutela cautelar**

La protección que significa una medida cautelar se origina en la denominada tutela jurisdiccional efectiva consagrada en la Constitución Política peruana, como uno de los Principios de la Administración de Justicia en los siguientes términos “:(...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.”<sup>8</sup>, precepto que a pesar de no encontrarse enlistado en el artículo 2 como uno de los derechos fundamentales se ha asumido como tal, signándose como derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, su desarrollo legal en materia Civil, se encuentra en los artículos: I “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”<sup>9</sup> y III “El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia”<sup>10</sup> del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Lo que significa que en

<sup>8</sup> Constitución Política del Perú artículo 139.3

<sup>9</sup> Código Procesal Civil Título preliminar, artículo I

<sup>10</sup> Idem artículo III

el Perú se ha reconocido a toda persona el derecho a solicitar a un Juez resuelva un problema o duda legal que posea, dentro del marco de protección de sus derechos.

En la práctica, la tutela jurisdiccional se logra a través del proceso, entendido como ese conjunto ordenado de actos procedimentales previamente instaurados por el Estado a través de los cuales se logra la confirmación de los derechos sustanciales que le asisten, los cuales deben necesariamente realizarse dentro de los precisos plazos señalados por la ley, de esta manera, la solución al litigio planteado ante el órgano jurisdiccional se producirá luego de haberse desarrollado el proceso dentro del plazo legal, el cual en algunas ocasiones, por causas inherentes a la naturaleza del asunto debatido y otras por causas externas, se prolonga más allá del establecido en la Ley eventualidad que podría significar la frustración del su objeto, por ello la ley ha previsto la posibilidad de que el Juez, a solicitud del demandante dicte las medidas cautelares necesarias para garantizar el cumplimiento de la eventual decisión que se pueda tomar, no se trata pues de concebirlas como una forma anticipada de la sentencia, en este sentido la doctrina clásica ha precisado que “Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia”<sup>11</sup>

Nuestra normativa civil ha adoptado este mismo criterio al prescribir en el artículo 608 del Código Procesal Civil, último párrafo “(...) La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva.”<sup>12</sup>

### 2.1.2. Concepto

Respeto a la definición o conceptualización de la medida cautelar la doctrina ha planteado infinidad de posiciones es así como dentro de la doctrina extranjera se ha planteado considerado definir las medidas cautelares considerándolas “(...) de forma general, como aquellas adoptadas judicialmente tras un juicio de procedencia y

<sup>11</sup> CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 45

<sup>12</sup> Código Procesal Civil, artículo 608

oportunidad, antes o en el curso de un proceso, que tienen por finalidad evitar que el estado de las cosas o de cualquier situación jurídica determinada se altere o se modifique en perjuicio de la efectividad de la sentencia que deba recaer o subvenir en torno a la situación provisional *sub iudice*<sup>13</sup> criterio que si bien, contiene algunos de los elementos del trámite cautelar no incluye, como elemento, la solicitud del demandante dado que ellas no pueden ser declaradas de oficio por el Juez.

Existe otra tendencia en la que solo se tiene en cuenta la legitimidad del Juez para ordenar las medidas cautelares y el efecto que buscan, motivo por el cual consideramos resulta incompleta, en este sentido se expresado que la medida cautelar “(...) es el instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional a pedido de parte asegura el cumplimiento del fallo definitivo sea adelantado algunos efectos de ésta posibilidad que implica modificar la situación material existente al momento de la petición u ordenado se mantenga inalterable la situación fáctica presente al inicio del proceso<sup>14</sup>.

Atendiendo a las críticas anteriores, se trató de ubicar una concepción que, a nuestro juicio, sea pertinente para definir las medidas cautelares en este sentido se ha precisado que “(...) Las llamadas medidas cautelares constituyen el procedimiento incidental que puede iniciarse antes o durante el transcurso del proceso principal, cualquiera que sea su naturaleza, por el peticionante que ha demostrado *prima facie* que su derecho es verosímil y que existe peligro en la demora por posible actos de disposición física o jurídica que pudiera realizar la contraparte, y que, previa garantía de una contracautela, pueden ser decretadas por el juez inaudita parte y con la discrecionalidad que considere, conforme las circunstancias del caso, con carácter de provisionalidad, temporalidad, mutabilidad, revocabilidad y flexibilidad, haciendo cosa juzgada formal lo allí dispuesto, con el doble fin de amparar el futuro derecho de los litigantes ( fin inmediato) y procurar, por otro lado, que la función jurisdiccional pueda cumplirse haciéndose efectivo el mandato recaído en el decisorio de dicho proceso principal (fin mediato).”<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> ALMAGRO en ALMAGRO NOSETB, J. y TOMÉ PAULÉ, J.: Instituciones de Derecho Procesal (Proceso Civil), Edit. Trivium, 2.1 edición, Madrid, 1994, p. 553.

<sup>14</sup> MONROY GALVEZ, Juan. La formación del proceso civil Peruano. Lima, Communitas, 2010, p. 65

<sup>15</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianela. La tutela cautelar en el Proceso Civil. Gaceta Jurídica S.A., Lima: 2013 p. 35

En efecto, de la manera como se ha planteado la medida cautelar por este autor resulta sencillo comprender que ésta se puede solicitar dentro o fuera de un proceso, que se resuelve a través de un incidente procesal, habiéndose demostrado que el derecho que alega sea cierto y que la medida resulta imperiosa para evitar que el titular de derechos disponga de ellos en su perjuicio, para lo cual se debe proporcionar contracautela que se hará efectiva para indemnizar los perjuicios ocasionados a la contraparte al ser declarada infundada la demanda. Estas medidas se prolongan por el mismo tiempo del proceso, se pueden modificar a petición de parte y puede ser cancelada por el Juez y su propósito es doble y simultáneo, para la parte que la solicita permite asegurar su derecho y para la jurisdicción permite asegurar el cumplimiento de su decisión.

### 2.1.3 Presupuestos

Tal como se ha precisado, dictar medidas cautelares resulta ser de competencia privativa del Juez quien, para tal fin se encuentra obligado a verificar en el caso concreto, el cumplimiento de los presupuestos o requisitos establecidos de manera precisa por la ley y con fundamento en los cuales debe fundamentar la intervención que tal medida implica en el ámbito privado del afectado, toda vez que de acuerdo a la rama del derecho en el que se impongan se lesionan derechos de los que es titular. Dentro de este contexto, la doctrina al unísono ha señalado que los presupuestos que se deben demostrar para que resulta viable la medida cautelar en el área del derecho civil son “la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, así como la adecuación, en tanto que para su ejecución se requiere la caución o garantía”<sup>16</sup>.

Esta posición también ha sido incorporada por el Código Procesal Civil en los artículos 608 y siguientes de los cuales se puede extraer que “El Juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y fin de lograr la eficacia de la decisión dicta medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado

2. La necesidad de la emisión de una de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.

3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

La medida dictada solo afecta los bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contra cautela. La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.”<sup>17</sup>

### **2.1.3.1. La apariencia del Derecho invocado**

Este presupuesto ha sido denominado por la doctrina de acuerdo a su origen romano como “(...) *Fumus bonis iuris* traducido literalmente quiere decir “humo de derecho”, más en su acepción semántica debe entenderse como apariencia o aspecto exterior de derecho.”<sup>18</sup>

Este presupuesto debe ser entendido a partir del concepto de derecho verosímil considerado tal “(...) cuando reviste apariencia de verdadero. La certeza del mismo se configurará cuando se adquiere convicción de su existencia. Ahora bien, para decidir la *litis* es indispensable que el juez esté convencido de la certeza del derecho en que se sustenta la pretensión, lo cual se logra si están acreditados suficientemente los hechos en que la última reposa. Es por ello que la actividad probatoria de las partes tendrá por finalidad formarle tal convicción al juez. (...)”<sup>19</sup>

Este supuesto implica que, para que resulte viable o se pueda decretar la medida cautelar, la pretensión, de acuerdo a la valoración de las pruebas aportadas a la solicitud, debe aparecer abiertamente defendible “(...) la medida cautelar se concede al demandante o actor no porque ostente un derecho indiscutido y pleno sobre el objeto del proceso, sino, porque simplemente “*prima facie*”, es decir, preliminarmente su

<sup>17</sup> MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio. “La Teoría Cautelar & Tutela Anticipada”, Editora Jurídica Griley, Lima, 2015, p.68

<sup>18</sup>Idem p.65

<sup>19</sup> REDENTI Citado por HINOSTROZA MINGUEZ, A. Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 127

pretensión o derecho invocado parece amparable, situación que debe acreditarse con una prueba documental.”<sup>20</sup>

### 2.1.3.2. Peligro en la demora

Conocido como *periculum mora* tal como lo precisa Peláez “(...) Es uno de los presupuestos que deben concurrir para decretar una medida cautelar que debe ser apreciada con relación a la urgencia en obtener protección especial, ante el posible daño que puede significar esperar al dictado de sentencia en el expediente principal.”<sup>21</sup>

Este presupuesto se refiere al peligro que por la demora en la solución del proceso puede implicar para el cumplimiento de la sentencia de manera que, “no es el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro de ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la resolución definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario.”<sup>22</sup> Dentro de este contexto, la doctrina ha ampliado esta afirmación al señalar que “(...) la medida preventiva está revestida de un carácter de urgencia; la urgencia se debe a la existencia de un peligro actual, el que, a su vez, está constituido por los elementos, objetivo y subjetivo, respectivamente; a saber: la insoslayable tardanza de la decisión, que no puede ser antepuesta al conocimiento, y la posibilidad de que en ese lapso de espera de la decisión, una de las partes, actuando de buena o mala fe, enajene la cosa en cuestión o trasponga sus bienes y resulte ilusoria la decisión futura dictada en su contra.”<sup>23</sup>

Este peligro no se configura solamente por la duración del proceso, existen otras circunstancias que pueden originar la ineficacia de la resolución de manera que, “El peligro en la demora o *periculum in mora* puede derivar no solo de la duración del proceso, sino también de conductas, hechos a actos de mala fe del emplazado que dificulten o impidan la realización y cumplimiento de la pretensión del actor”<sup>24</sup>

<sup>20</sup> PELÁEZ BARDALES, M. El Proceso Cautelar, Grijley, Lima, 2010, p. 123

<sup>21</sup> PELÁEZ BARDALES, M. El Proceso Cautelar, ob. cit., p. 125

<sup>22</sup> PIERO CALAMANDREI citado por RIOJA BERMUDEZ Alexander. El nuevo proceso de amparo. Librería y ediciones Jurídicas. Lima, 2005: p. 89

<sup>23</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, A. Derecho Procesal Civil, ob., cit., p. 130

<sup>24</sup> Citado por MARTÍNEZ LETONA, Pedro Antonio. La Teoría Cautelar, ob. cit., p.72

### 2.1.3.3. Adecuación

El presupuesto de la adecuación de la medida cautelar, hace referencia a lo adecuado que resulta la medida cautelar solicitada para asegurar el cumplimiento de la pretensión principal del proceso, sin que ello implique un mecanismo de presión indebida o cause perjuicio al afectado con la medida como manifestación de la mala fe del solicitante tal como se ha vuelto costumbre en nuestra práctica legal. La medida cautelar “(...) no debe estar dirigida a causar perjuicios a la contraparte de un modo desproporcionado, abusivo o innecesario, sino que debe estar orientada, estrictamente, a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.”<sup>25</sup>

Es decir, el Juez debe examinar si la medida resulta adecuada para lograr el eventual cumplimiento de la sentencia o decisión conforme a lo solicitado y probado por el demandante. “Así como la medida cautelar constituye una ventaja para el demandante, quien a través de la medida obtiene un adelanto de la ejecución, este presupuesto supone que también como contraparte, el ejecutado obtenga una garantía que lo ponga a salvo de posibles abusos y que se asegure una indemnización por daños y perjuicios en caso de que la medida cautelar resulte injustificada, por innecesaria o maliciosa.”<sup>26</sup>

### 2.1.3.4. Contracautela

La contracautela, a diferencia de los presupuestos mencionados anteriormente, no necesario para que la medida cautelar sea dictada; éstas viene a constituir un presupuesto requerido para su ejecución. Constituye una prestación que debe cumplir quien solicite y obtenga la adopción de una medida cautelar. El objeto de la contracautela o fianza es el de poder responder por los daños y perjuicios que se puedan irrogar al demandado como consecuencia de la revocación de la medida cautelar.

Con fundamento en la manera reservada como se dicta la medida cautelar, “(...) implica la suspensión de los principios de bilateralidad y contradicción, no permitiéndose al afectado con ella apersonarse al procedimiento hasta tanto no se dicte tal medida (y, lo que es peor, sin que su oposición dé lugar a la suspensión de la

ejecución de la ejecución de la medida), no es difícil imaginar que aquél puede sufrir injustamente daños y peticionante de la medida (lo que puede ocurrir con frecuencia, si se tiene en cuenta que la solicitud de cautela se sustenta en un derecho aparente, suficiente para ordenar su admisión). Es por ello que el afectado ilegítimamente con la medida requiere también ser cautelado.”<sup>27</sup>

El Código Procesal Civil en concordancia a lo manifestado por la doctrina, establece en el artículo 613 inciso 1 que “La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera causar su ejecución. (...)”<sup>28</sup> es decir, la contracautela debe ser prestada obligatoriamente por quien ha sido beneficiado con la medida cautelar suficiente para que se puedan pagar los daños y perjuicios ocasionados con ella al demandado cuando ella ha sido revocada de manera que, exista un equilibrio entre el beneficio que representa para el demandante la medida y el consiguiente perjuicio para el demandado afectado con la medida.

#### **2.1.4. Características**

##### **1. Instrumentalidad**

La medida cautelar no es autónoma en sí, tal como se ha señalado, su utilización en el proceso se dirige a garantizar el cumplimiento de la resolución emitida en el proceso dentro del cual se solicita o dentro del que se va iniciar, en el caso de la medida fuera del proceso. Dentro de este contexto se ha señalado que “El carácter instrumental de la medida recae en que nace al servicio del proceso definitivo. Está siempre subordinada a un fallo definitivo, aun cuando proceda el proceso. Se orienta, más que actuar el derecho, a conseguir o asegurar la eficacia práctica de la sentencia”<sup>29</sup>

De manera más descriptiva Martínez Letona sobre esta característica de las medidas cautelares expresa “(...) la característica esencial que define una medida cautelar y la distingue de instituciones procesales próximas a aquélla es la Instrumentalidad, entendida en el específico sentido de que la medida cautelar, considerando en conjunto el régimen de la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas, no constituye una

<sup>27</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, A. Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 135

<sup>28</sup> Código Procesal Civil artículo 613 inciso 1

<sup>29</sup> LEDESMA NARVAEZ, Marianela. La tutela cautelar, ob., cit., p. 39

finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a sentencia que pueda dictarse en el proceso principal (y a este mismo proceso) por la función de asegurar su efectividad práctica, Si tal sentencia puede considerarse como el instrumento mediante el cual actúa el Derecho en el caso concreto, la medida cautelar es, a su vez, el instrumento para que lo anterior pueda producirse sin riesgo de ineffectividad a causa de la necesaria demora de la sentencia. En este sentido, la Instrumentalidad de las medidas cautelares es una Instrumentalidad cualificada.”<sup>30</sup>

## 2. Provisionalidad

La provisionalidad se debe entender en el sentido de que la medida cautelar se mantendrá el proceso en tanto cumplan con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia o resolución, en atención de lo cual se ha señalado que “(...) esta característica se basa en que, tiene una duración limitada a diferencia del proceso y porque está relacionada con el fallo definitivo. Lo provisorio de la medida justifica que esta desaparezca sea por sentencia o sin ella.”<sup>31</sup>

Atendiendo a lo anterior, se debe tener presente que, las medidas cautelares desaparecerán cuando el proceso principal en el que se hayan dictado, sea resuelto –acogiendo la pretensión del demandante o desestimándola- “Conforme a lo anotado la provisoriedad de la medida cautelar deja claro que su permanencia y duración dependen de la suerte del proceso principal. Así, si el proceso principal es exitoso y se obtiene sentencia favorable con la calidad de cosa juzgada, la cautelar se consolida y se refunde con la sentencia misma; en cambio, si el resultado es negativo por decisión judicial sobre el fondo o aun cuando no lo sea sobre él, no cabe duda que desaparecerá”<sup>32</sup>

## 3. Temporalidad

La temporalidad solo ha sido considerada como característica de las medidas cautelares por un reducido sector de la doctrina pues, ella es una consecuencia de su carácter instrumental, en la medida que ellas dependen de la suerte que corra el proceso principal, su duración resulta ser temporal como consecuencia, “(...) puede afirmarse

<sup>30</sup> MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio. La Teoría Cautelar ob., cit., p. 47-48

<sup>31</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianela. La tutela cautelar ob. cit., p. 39

<sup>32</sup> Idem, p. 53

que las medidas cautelares nacen para extinguirse, consecuencia clara de su carácter instrumental y provisional, dado que, en cuanto desaparecen los presupuestos o motivos que llevaron a la adopción de las medidas cautelares, se procederá al alzamiento o extinción de las mismas.”<sup>33</sup>

#### 4. Variabilidad

Para el jurista Martínez Letona la característica de la variabilidad de las medidas cautelares se fundamenta en el principio *rebus sic stantibus* ("estando así las cosas") conforme al cual “(...) las medidas cautelares van a poder variarse, en tanto se produzca variación de los presupuestos o motivos que hayan dado soporte a la adopción de las mismas. De este modo, pueden ser modificadas, sustituidas por otras, alzadas... si cambian los presupuestos que sirvieron para llegar a la adopción de las mismas.”<sup>34</sup> Posición con la que nos identificamos, durante el proceso si varían las condiciones que permitieron imponerla o dictarla ésta es susceptible de ser cambiada, variada, modificada o incluso extinguida.

Con fundamento en lo expuesto, consideramos equivocado el enfoque que Peláez le otorga a esta característica al señalar que la variabilidad de la medida cautelar “(...) está referida a la variedad de modalidades al ejecutarse, atendiendo a la naturaleza del bien objeto de ejecución, y que el demandante puede disponer o solicitar con la presentación de la medida cautelar. Esta característica no solo está referida a que la medida puede ser variada en su modalidad, sino también a la oportunidad de su presentación, toda vez que la medida cautelar se puede presentar antes (medida cautelar anticipada), durante (medida cautelar dentro del proceso) y después de resuelto el proceso principal (en vía de ejecución de sentencia.”<sup>35</sup> Toda vez que su opinión se fundamenta o hace referencia a las clases de medidas cautelares que se pueden dictar o imponer en el proceso y al momento procesal en que se pueden solicitar o requerir al Juez.

#### 5. Prejuzgamiento

<sup>33</sup> MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio. La Teoría Cautelar , ob., cit., p. 53

<sup>34</sup> Ídem, p. 54

<sup>35</sup> PELÁEZ BARDALES, M. El Proceso Ob., cit., p. 132

Se considera al prejuzgamiento como característica de las medidas cautelares por cuanto, el Juez al dictar la medida cautelar emite una opinión sobre el derecho reclamado por el demandante siendo ésta la que posibilita la medida cautelar pero, a en nuestro concepto, debe entenderse que esa opinión es aparente, circunscrita a las condiciones vigentes al momento de la solicitud y susceptible de ser variada o confirmada, con fundamento en las pruebas actuadas en el proceso. En este sentido la doctrina considera que “(...) Cuando se dicta una medida cautelar, el juez, en cierta forma se adelanta a la decisión que debe emitir al final del proceso, anticipa su decisión que debe dictar al resolver la causa, en base naturalmente a la fundamentación del petitorio y a las pruebas aportadas que hacen vislumbrar la probabilidad del derecho invocado por el solicitante” Posición que no compartimos porque, para dictar la medida cautelar el Juez se fundamenta en la verosimilitud del derecho.

Esta consideración no es unánime en la doctrina pues, se ha expuesto que para dictar la medida cautelar el juez no necesita prejuzgar sobre el fondo de lo que es materia del petitorio de la pretensión objeto del proceso principal, pero “sí es necesario persuadirse que el derecho (pretensión principal), respecto del cual se pide cautela, es verosímil; vale decir que el juzgador a través de una “cognición sumaria” y de un cálculo de probabilidades, debe valorar convenientemente la existencia del derecho invocado y persuadido de ello, conceder la cautela solicitada.”<sup>36</sup>

## 6. Jurisdiccionalidad

En principio al característica de la jurisdiccionalidad de las medidas cautelares resulta fácil de comprender pues solo el Juez es competente para dictarlas; “(...) la medida cautelar se caracteriza por su jurisdiccionalidad, porque emerge de una resolución dictada por el órgano judicial. Es, pues, un acto jurídico procesal del juez, quien expide su decisión cautelar a solicitud de parte.”<sup>37</sup>

Partiendo de lo señalado, consideramos errada sustentación que de esta característica de las medidas cautelares realiza Hinostroza pues al señalar que “(...) Se dice, entonces, que la medida cautelar es jurisdiccional, porque se adelanta ciertos efectos del fallo (lo que representa en esencia una tutela mediata) con lo que se garantiza la aplicación material del derecho proclamado en él”<sup>38</sup> hace referencia a la característica signada como “prejudicialidad” y no a la de jurisdiccionalidad entendida como potestad legal y Constitucional reconocida al Juez para conocer del proceso y dictar esta clase de medidas.

### **2.1.5. Clasificación**

Las medidas cautelares han sido clasificadas de diferente manera, atendiendo a diferentes criterios, así:

#### **2.1.5.1. Medida cautelar genérica y específica**

##### **Medida cautelar genérica:**

También denominada como innominada, tal como su nombre lo indica son aquellas que el Juez dicta para asegurar los resultados del proceso y que no corresponde a una medida cautelar existente, en este caso el Juez podríamos decir, crea o innova, de acuerdo al asunto, una medida cautelar propia para asegurar el cumplimiento de la sentencia o resolución, obviamente, se puede afirmar que la característica de estas medidas cautelares, está dada porque no están reglamentadas en la Ley.

La aplicación de este tipo de medidas se base en el llamado “(...) poder general de cautela del Juez, que viene a ser una de las más importantes expresiones del poder jurisdiccional. Se trata de un poder deber por el cual se pueden otorgar medidas cautelares acordes con los requerimientos del proceso y con prescindencia de que se encuentren expresamente acogidas por norma jurídica alguna (...)”<sup>39</sup>

La aplicación de este tipo de medidas ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina en cuanto a tener presente que: La medida genérica no debe ser utilizada en reemplazo

de las específicamente reguladas, cuando esas son suficientes para asegurar el derecho de quien la requiere. si las tipificadas no cubren todas las necesidades del pretendiente, no hay ningún inconveniente en recurrir a las genéricas con la misma amplitud con la que deben usarse aquellas. Al final señala el autor pueden ser variantes de alguna medida tipificada que mantiene a su presencia esencial, resultar de la combinación de más de una medida tipificada y constituir una figura totalmente diversa a las previstas.”<sup>40</sup>

### **Medida cautelar específica**

Denominada también como medida típica, a diferencia de la genérica, esta sí se encuentra regulada de manera expresa en la Ley, sobre el particular la doctrina ha señalado que “(...) Este tipo de cautela denominada también típica se encuentra contemplada y regulada en la norma con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica determinada; caso diferente al de la medida cautelar genérica, que de acuerdo a la propia previsión que hace el código se mantiene en una relativa”<sup>41</sup>

Este tipo de medidas resultan ser las de más común aplicación en la práctica judicial. Nuestro Código Civil las regula de la siguiente manera: i) para futura ejecución forzada (embargo, secuestro, anotación de demanda), ii) temporales sobre el fondo, iii) innovativas y iv) de no innovar.

#### **2.1.5.2. En la Legislación Civil Peruana**

El Código procesal Civil peruano ha adoptado tres criterios de clasificación de las medidas cautelares: por la tipicidad, por la incidencia sobre la relación material y por la similitud de sus efectos con la pretensión principal.

##### **2.1.5.2.1. Criterios**

### **Por la tipicidad**

Las medidas típicas con las que se encuentran reguladas expresamente por la ley, de manera que no existe duda en cuanto a su aplicación obligatoria para determinados casos, sobre esta base se considera que a aseveración que señala que “(...) estadísticamente, una considerable proporción de las medidas solicitadas encuentran regulación –expresa o no- en el ordenamiento procesal. Es a estas medidas a las que la doctrina denomina medidas cautelares típicas.”<sup>42</sup> Resulta equivocada, al incluir en su estructura las medidas no reguladas en la ley como típicas pues, éstas corresponden precisamente a las atípicas o genéricas.

### **Por la incidencia sobre la relación material**

Es decir, la medida cautelar se clasifica teniendo en cuenta la manera como ella puede incidir en la relación material objeto del litigio de manera que, “(...) se hable de incidencia sobre la relación material esto es, a los efectos y alteraciones que el dictado de una medida cautelar causa sobre la situación concreta que dio origen al proceso. Con ello se desafió el paso del tiempo, procurando que la sentencia despliegue todos sus efectos como si se hubiese expedido en el momento inmediato posterior al inicio del conflicto. Estos mecanismos son los que la doctrina denomina medidas cautelares conservativas (...)

Sin embargo, también se detectó que había casos en donde el peligro en la demora se encontraba precisamente en la mantención de algún aspecto de la relación material. Por ello, era necesario recurrir a una medida que, contrariamente a las conservativas, altere la relación material, procurando así el aseguramiento de la eficacia del proceso. Es así como aparecen las llamadas medidas cautelares innovativas.”<sup>43</sup>

### **Por la similitud de sus efectos con la pretensión principal**

“Sabido es que la medida cautelar debe guardar correlación respecto del objeto inmediato de su función aseguradora. En la búsqueda de ese objetivo, los efectos de la medida cautelar puede coincidir, ocasionalmente, con lo que es materia de pretensión.

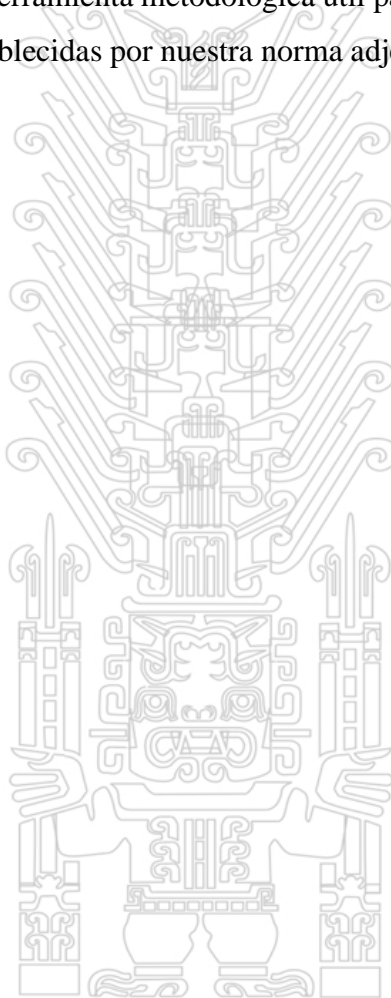
<sup>42</sup> MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio. La Teoría Cautelar, ob. cit. p. 91

<sup>43</sup> MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio. La Teoría Cautelar ob. cit. p. 91-92

Aquí se encuentran las llamadas medidas cautelares coincidentes; en cambio, cuando la medida cautelar no guarda identidad fáctica con la pretensión, no encontramos ante las medidas cautelares no coincidentes.”<sup>44</sup>

#### **2.1.5.2.2. Clases**

A continuación se transcribir el cuadro correspondiente a la tipología de las medidas cautelares expuesto por el Doctor Martínez Letona en la obra que estamos refiriendo. Pues se considera como una herramienta metodológica útil para entender la naturaleza de las medidas cautelares establecidas por nuestra norma adjetiva Civil.



## CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

### MEDIDAS PARA FUTURA EJECUCIÓN FORZADA

Embargo: pretensiones apreciables en dinero

Embargo en forma de depósito: bienes muebles e inmuebles

Embargo en forma de inscripción: bienes inscritos

Embargo en forma de retención: bienes retenidos

Embargo en forma de intervención: persona jurídica

En recaudación

En información

Embargo en forma de administración bienes fructíferos

Secuestro

Secuestro judicial: dilucidar derecho de propiedad o de posesión

Secuestro conservativo: pago dispuesto en mandato ejecutivo

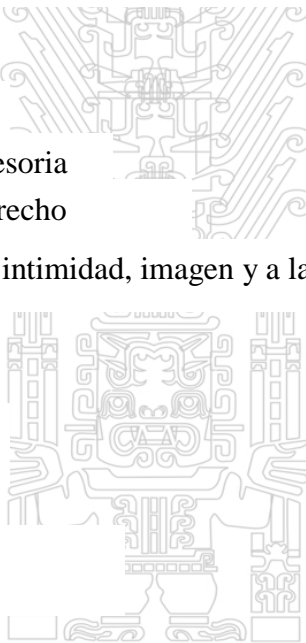
Anotación de demanda en registros públicos

- MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO**
- Asignación anticipada de alimentos
  - Asuntos de familia e interés del menor
  - Administración de bienes
  - Desalojo e interdicto de recobrar
  - Separación divorcio

- MEDIDAS INNOVATIVAS**
- Interdicción
  - Cautela Posesoria
  - Abuso de derecho
  - Derecho a la intimidad, imagen y a la voz

**MEDIDA DE NO INNOVAR**

**MEDIDA CAUTELAR GENÉRICA**



### 2.1.6. Aspectos procedimentales

La ley 29384 vigente desde el 29 de junio de 2009 introdujo cambios fundamentales en el trámite de las medidas cautelares, entre los que se destacan: la eliminación práctica del procedimiento *inaudita altera pars*, así como la introducción de la oposición a la medida cautelar, conforme se consignó en el artículo 637° del CPC cuyo tenor literal es:

“La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial.

Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.

De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo.”<sup>45</sup>

#### 2.1.6.1. Caducidad

La caducidad se debe tener presente, en el derecho procesal genera la pérdida de eficacia de un derecho; constituye una sanción por la falta de ejercicio oportuno, en el tiempo, de un derecho.

En este sentido el Art. 636 CPC: regula la medida cautelar fuera de proceso, en los siguientes términos:

“Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la

procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de ésta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.

Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación.”

#### **2.1.6.2. Cancelación**

La cancelación de la medida cautelar, constituye la consecuencia jurídico-procesal del pronunciamiento desestimatorio del órgano jurisdiccional de la demanda en el proceso principal, se encuentra regulada por el artículo 630° del CPC

“Si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada.

Sin embargo, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria”<sup>46</sup>

#### **2.1.7. Proceso cautelar**

La doctrina ha abordado el llamado proceso cautelar señalando que “(...) cuando hablamos de un proceso cautelar, entendemos referirnos a aquel tipo de proceso que tiene como finalidad cautelar una situación de hecho o de derecho que es ya objeto de un juicio pendiente de declaración de certeza, o que podrá más adelante ser objeto de un juicio futuro de declaración de certeza sin que importe el hecho de que la finalidad cautelar se presente como objeto principal al cual se dirija la actividad jurisdiccional, o se presente acaso como un momento o una fase incidental, en otra forma de actuación del derecho y particularmente de declaración de certeza o de condena”.

Esta concepción ha sido criticada por la doctrina al señalar, de manera casi unánime que “(...) limita el ámbito del proceso cautelar a una situación de hecho o de derecho que es ya objeto de un juicio pendiente de declaración de certeza, o que podrá más adelante ser objeto de un juicio futuro de declaración de certeza, en suma, a los procesos de cognición; sin embargo, como ya lo señalamos antes, estudios posteriores ampliaron los alcances de las decisiones cautelares a: 1) la modificación misma de la situación fáctico-jurídica lesiva a los fines de la pretensión principal; y, 2) la ejecución anticipada, total o parcial, de aquélla, incluso antes del inicio del proceso objeto de cautela”<sup>47</sup>.

Dentro de este contexto, tenemos que, a nuestro juicio, el proceso cautelar está conformado por ese cúmulo de actos previstos legalmente, orientados a obtener una resolución dirigida a garantizar o asegurar el cumplimiento de una decisión dada en un proceso principal, de acuerdo a la pretensión del demandante. Este proceso cautelar tiene una relación de genero a especie con el procedimiento cautelar, en tanto éste constituye es el aspecto externo de aquél, al constituirse por el conjunto de trámites que posibilitan la realización del proceso cautelar.

#### **2.1.7.1. Autonomía**

La autonomía del proceso cautelar tiene fundamento legislativo en el artículo 635° del Código Procesal Civil al señalar de manera textual que “Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial”<sup>48</sup>. En este sentido partiendo del concepto del proceso cautelar, como ese conjunto de actos ordenados y concatenados a seguir, para la obtención de la medida cautelar, constituye un proceso autónomo tal como lo sostiene la norma pero, esa autonomía se da solo desde el ámbito formal, mas no sustancial, a consecuencia de cual se debe adelantar en un cuaderno especial.

En el mismo sentido se ha expuesto que el proceso cautelar resulta ser un complemento para el proceso principal, con el cual debe tener identidad en la pretensión principal pero, por el hecho de que el otorgamiento de la medida cautelar se rija por su propia

<sup>47</sup> PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio. Tesis: Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil Peruano, presentada para para optar el grado académico de Doctor en Derecho, Universidad Nacional Mayor De San Marcos Facultad De Derecho y Ciencia Política Unidad De Postgrado p.81

<sup>48</sup> Código Procesal Civil Artículo 635

sustantividad ya que ella se adopta bajo presupuestos procesales y con un procedimiento distinto al principal; no implica que posea autonomía sustancial. Sobre este aspecto la doctrina internacional ha señalado que (...) las providencias cautelares tienen su inconfundible fisonomía procesal que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categorías por sí mismas, determinables a base de criterios que, aun no siendo los mismos que sirven para distinguir las providencias de cognición de las de ejecución, no se transforman por eso de procesales en materiales (...)”<sup>49</sup> conforme al criterio expuesto se verifica que el proceso cautelar tienen carácter procesal –formal- pero, de ello no deriva su carácter material –sustancial- pues no existen sin la conexión al proceso principal en que se solicitan o en el que se solicitará.

De acuerdo con lo expuesto se puede concluir que en concepto de la doctrina internacional “(...) el poder jurídico de obtener una resolución cautelar es una forma por si misma de acción aseguradora; y es pura acción que no puede considerarse como accesoria del derecho garantizado, porque existe como poder actual, cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe; razonamiento jurídico que abona a favor de la autonomía de la tutela cautelar. Que el derecho a la resolución cautelar es un derecho del Estado fundado en la necesidad general de la tutela del derecho, y la parte no tiene sino el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto.”<sup>50</sup>

Una de las manifestaciones de la autonomía del proceso cautelar se manifiesta en el hecho de que permite que éste se inicie sin que se haya iniciado el proceso principal, sin que éste preexista, puede anticiparse formalmente a su existencia. En este sentido se ha pronunciado la doctrina nacional así:

Monroy Palacios respecto a este punto expone que “(...) la autonomía debe ser analizada según la finalidad que persigue la prestación cautelar; desde allí observaremos que, mientras el objetivo de un proceso judicial consiste en solucionar un conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica (mérito del proceso), la cautela busca garantizar la

<sup>49</sup> CALAMANDREI Piero. Introducción al Estudio ob. cit. p.90.

<sup>50</sup> CHIOVENDA, Giuseppe: "Instituciones de Derecho Procesal Civil." Vol. 1, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1948, pp.281, 282.

eficacia de dicho proceso|| acota finalmente que —se trata de una autonomía teleológica y no procedimental.”<sup>51</sup>

Monroy Gálvez por su parte, defiende la autonomía del proceso cautelar considerando que “(...) la demostración más palmaria de la existencia autónoma de la acción cautelar, está dada por el caso de una demanda infundada. En efecto, es perfectamente factible obtener una medida cautelar en un proceso que posteriormente acabe con el rechazo de la pretensión. Esto significa que a pesar de la inexistencia de un derecho material a ser protegido, el actor puede obtener una medida cautelar; en consecuencia su existencia no depende de la existencia del derecho sustantivo que garantiza, tiene vida propia.”<sup>52</sup>

#### **2.1.7.2. Universalidad de aplicación**

El término de universalidad debe interpretarse dentro del ámbito procesal dado que, por su naturaleza y carácter instrumental del proceso principal, el proceso cautelar se puede emplear en los procesos, independientemente de su carácter contencioso o no contencioso.

Este principio no tiene consagración legislativa, ninguna norma Civil lo regula.

Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica, regula esta figura en su artículo 274 de la siguiente manera: —Universalidad de aplicación. Las medidas cautelares podrán adaptarse en cualquier proceso tanto contencioso como voluntario.

Se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. En este caso las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda entro de los veinte días de cumplidas, condenándose al peticionario al pago de todos los gastos del juicio y a los daños y perjuicios causados.

<sup>51</sup> MONROY PALACIOS, Juan José: Bases para formación de una teoría cautelar. Comunidad, Lima Perú, 2002, p.147.

<sup>52</sup> MONROY GALVEZ, Juan. "Temas de Derecho Procesal Civil" ob. cit. p.21.

Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio, y se adoptarán bajo la responsabilidad de quien las solicite.”.

### **2.1.7.3. Acumulación**

La acumulación en el proceso cautelar se manifiesta en la posibilidad que existe para demandar individualmente o en litisconsorcio activo, una o más medidas cautelares contra una o más personas, de acuerdo con las formas de formas de acumulación: objetiva y subjetiva, siempre que no se vulnere el principio de proporcionalidad, partiendo del principio de que “(...) La acumulación como instituto procesal está sustentada en los principios de concentración, economía y celeridad procesales y tiene por finalidad reunir en un solo proceso a una pluralidad de personas en la posición de demandantes, demandados o terceros, frente a una pretensión singular, o reunir y resolver una pluralidad de pretensiones frente a demandante o demandado singulares, evitando así costos y actividad procesal innecesarios. El principio de congruencia procesal es otro de los principios rectores de la acumulación puesto que su finalidad subyacente consiste en evitar la expedición de sentencias y en general, resoluciones contradictorias sobre un mismo asunto.”<sup>53</sup>

### **2.1.7.4. Demanda**

El termino demanda en el proceso cautelar se refiere a la solicitud cautelar que conforme a lo señalado por el artículo 610 del Código Procesal Civil debe contener: “1.Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar; 2. Señalar la forma de ésta; 3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación; 4. Ofrecer contracautela; y 5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal.”<sup>54</sup>

En efecto, en la práctica legal al considerarse esta petición como una demanda implica reconocer que “La demanda bajo criterios formales es el medio de expresión del

derecho de acción y de postulación de la pretensión. Desde una perspectiva sustancial la demanda es un acto jurídico procesal unilateral por el cual el actor requiere al Estado en función jurisdiccional la promoción de su actividad judicial para el reconocimiento o amparo de una pretensión contenciosa o voluntaria. La demanda con pretensión cautelar no es una solicitud cualquiera, no es un simple documento dirigido al órgano jurisdiccional; muy por el contrario, es un típico acto de postulación procesal mediante el cual se reclama tutela cautelar.”<sup>55</sup>

## **2.2. Medida cautelar maliciosa**

### **2.2.1. Indemnización**

La ejecución de la medida cautelar puede originar daños y perjuicios que generan en favor de quien resulte perjudicado su indemnización. Para tratar de establecer el fundamento de la indemnización la doctrina, a tendiendo a que no se ha logrado un acuerdo unánime; ha planteado diferentes tesis es así como en el ámbito del derecho procesal se han propuesto varias teorías diametralmente opuestas, entre las que se destacan: la subjetiva y la objetiva pero, no son las únicas, existe otro sector de la doctrina que circunscribe el fundamento de la indemnización de daños y perjuicios en este evento en la responsabilidad civil por abusar de las facultades reconocidas por la ley a las partes en el proceso.

#### **2.2.1.1. Tesis Objetiva**

Signada como posición procesalista. Si pretendiéramos aplicar de manera sencilla y general el criterio de esta posición resultaría válido sostener que en este evento “La responsabilidad se genera por la mera interposición de la medida sin derecho o inexistencia de los presupuestos de la cautela, por la eventual ilicitud que intrínsecamente comportan”<sup>56</sup> Esta posición contiene la esencia de la teoría pues la responsabilidad se origina en la sola interposición de la medida cautelar pero, no resulta acertado, a nuestro juicio, sostener que esto obedece a actos ilícitos de la parte.

Otra tendencia es aquella es la que fundamenta la indemnización en la ineficacia de la medida cautelar, al señalar que esta responsabilidad se origina “(...) en la simple circunstancia de que la medida resulte en definitiva haber sido trabada en forma indebida, sea en razón de rechazarse la pretensión principal con fundamento en la inexistencia del derecho reclamado por el actor o por motivos atinentes a la improcedencia de la cautela o a actitudes procesales que pongan de manifiesto la inutilidad de éstas (desistimiento o caducidad de la medida)”<sup>57</sup>

Tal como se evidencia la responsabilidad y por consiguiente la indemnización de daños y perjuicios originados en la medida cautelar innecesaria o maliciosa se origina, sin más consideraciones en el hecho de la desestimación de la pretensión que buscaba proteger de manera que resulta acertado concluir que “(...) para esta tesis, las medidas precautorias se disponen bajo la responsabilidad de la parte quien lo solicita, la que deberá cubrir en todos los casos los daños que pudiera ocasionar el pedido que se formulare sin derecho, siendo responsable sin necesidad de probarse que de su lado existió abuso dolo, culpa o negligencia. Esta teoría se encuentra relacionada con la responsabilidad objetiva y la teoría del riesgo.”<sup>58</sup>

*Wetzler Malbrán* por su parte para referirse a este aspecto, ha utilizado una formula muy particular al señalar que el simple hecho de solicitar al juez una medida cautelar implica responsabilidad, en su concepto “de tipo ritual”, “latente”<sup>59</sup> que perdura hasta que el juez. Mediante la sentencia se pronuncie sobre la pretensión cuyo cumplimiento afianzaba hasta tanto recaiga pronunciamiento judicial definitivo acerca del derecho que se procura asegurar. La decisión del Juez puede darse en dos sentidos: declarando fundado el derecho de la parte que logro la cautela, evento en el que esa responsabilidad finaliza o, por el contrario, en su contra la contracautela se debe realizar o efectivizar “(...) No ha de buscarse, pues, el fundamento de esta responsabilidad en la conducta dolosa, culpable o abusiva del titular de la medida sino en la circunstancia de haberla solicitado.”<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> PALACIO, Lino Enrique. Derecho Procesal Civil: Procesos Cautelares y Voluntarios. Tomo VIII. Abeledo Perrot, Argentina 1992, p. 89.

<sup>58</sup> BACRE, Aldo. Medidas Cautelares: doctrina y jurisprudencia. Ediciones La Rocca, Buenos Aires 2005, p. 208.

<sup>59</sup> Citado por NOVELLINO, Norberto J. Embargo y desembargo y demás medidas cautelares. La Ley.

Buenos Aires 1994, p. 93.

<sup>60</sup> Idem

Como es obvio esta teoría, como es lógico, no es compartida por toda la doctrina, cuenta con detractores y defensores. Sus detractores consideran que resulta arbitraria pues, el derecho procesal no escapa a los errores, de manera que el perjuicio no puede ser asignado a quien la solicito con el convencimiento de que su petición reunía los requisitos exigidos por la ley.

De la misma manera, se han presentado posiciones en torno a su defensa fundamentados en la prevención legal de indemnizar, quienes militan bajo esta tesis argumentan sencillamente que, esa indemnización se origina simplemente en la previsión legal, se debe indemnizar por que la ley así lo demanda; por ende no tiene sentido determinar las causas pues

#### **2.2.1.2. Tesis subjetiva**

Igualmente llama posición civilista. Para esta tesis o teoría, a diferencia de la anterior, la responsabilidad de indemnizar en el caso de las medidas cautelares indebidamente solicitadas exige que se demuestre la conducta ilícita (mas no ilegal) de quien la solicitó, se debe en consecuencia demostrar el dolo, la culpa o la negligencia con que actuó al solicitar la medida y el nexo causal con el perjuicio para responsabilizar a quien la solicito por los daños y `perjuicios ocasionados a la parte que la soportó.

Analizando los presupuestos de este postulado se puede llegar a establecer que en esencia, lo que propugna es la sanción de la conducta de la parte que solicito la medida cautelar, su actuar generador de daño y no simplemente la legalidad de la cautela, pues esta última se considera, valora y analiza por estar prevista como sus presupuestos, al momento de ser decida por el juez en este caso se presenta abuso del derecho por parte del solicitante de la medida, entendiéndose por tal aquel que “(...) contraria los fines que la ley tuvo en mira al reconocer los derechos o al que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (...)”<sup>61</sup>

Acorde con esta posición, la indemnización en este caso no opera de manera “automática” dado que se requiere probar el dolo la cual o la negligencia con la que actuó quien solicitó la medida cautelar exigiéndose la demostración de “(...) los extremos de la

responsabilidad extracontractual, es decir, deben darse los siguientes presupuestos: (a) existir petición del damnificado; (b) afirmar y probar el abuso o exceso en el derecho por parte de quien la requirió; es decir, sin culpa no hay responsabilidad; (c) demostrar que el comportamiento reprochable ha tenido relación causal relevante con el hecho productor del daño, v gr., que el fracaso de la operación de venta con un tercero se debió a la cautelar trabada; (d) determinar la cuantía del daño.”<sup>62</sup> Para que se pueda determinar la indemnización originada en la medida cautelar innecesaria.

### **2.2.1.3. Tesis del riesgo**

A nivel de la doctrina se ha señalado que la fuente de esta teoría es la doctrina italiana la cual considera que el fundamento de la responsabilidad por una medida cautela maliciosa no está dada en la conducta ilícita del solicitante ni fundada en un criterio legal sino, en el hecho de que la parte que la solicita “(...) actúa a su propio riesgo y peligro, con la consecuencia de que son irrelevantes la mala fe o culpa grave, pues la responsabilidad es objetiva”<sup>63</sup> de esta manera, quien solicita la medida, asume de antemano el riesgo de indemnizar los perjuicios que ésta pueda generar a quien la soporta en el caso de que su derecho no sea amparado en el proceso sin que resulte relevante su dolo o negligencia.

### **2.2.1.4. Tesis acogida por el Código Procesal Civil**

El Código Procesal Civil Peruano regula las consecuencias de la medida cautelar innecesaria o maliciosa en el artículo 621<sup>64</sup>, norma que no hace referencia al tipo de posición, teoría o tesis en que se fundamenta pero, si analizamos su contenido, podemos afirmar que se adscribe a la tesis objetiva o procesalista dado que no exige prueba del dolo, de la culpa o negligencia con que actuó el solicitante. Además por cuanto, a pesar de que esta norma se enuncia como “Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa”, su contenido nada plantea sobre el particular en este sentido la doctrina ha

---

<sup>62</sup> BACRE, Aldo. Medidas Cautelares: doctrina ob. cit. p. 209-210

<sup>63</sup> MASCIOTRA, Mario. La conducta procesal, ob cit., p. 92.

<sup>64</sup> Código Procesal Civil Artículo 621.- Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa.- Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización será fijada por el Juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días. La resolución que decida la fijación de costas, costos y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo.

señalado que “(...) En la redacción del art. 621° del CPC, en ningún extremo se hace referencia a la medida maliciosa o innecesaria, como su aparece en la sumilla del artículo: “sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa” Esto nos lleva a reflexionar sobre el carácter vinculante de dicha sumilla, en relación al art. 621.° del CPC, pues no se aprecia descripción o referencia alguna al carácter malicioso o abusivo de la medida para justificar la sanción pecuniaria ¿Es suficiente la sumilla del artículo para calificar de tal, el contenido de este?”<sup>65</sup>.

Sin embargo, a nivel jurisprudencial la opinión, no es tan contundente, nuestro jueces no han hecho escuela para poder posesionar como predominante alguna de las posiciones estudiadas en la soluciones de las controversias planteadas, por el contrario, se ha optado por encargar o facultar al Juez para justificar en cada caso que tipo de responsabilidad acepta, en este sentido se manifestó: “(...) que si bien es cierto el auto de vista no hace referencia alguna respecto del tipo de responsabilidad imputada, sin embargo, al confirmar el auto apelado, acoge la teoría objetiva de la responsabilidad que el juez ha aplicado al caso sin fundamentación alguna, señalando que dichas normas se refieren a la responsabilidad objetiva y que no es necesario acreditar el factor atributivo de responsabilidad, a través del dolo o culpa, sin tener en cuenta que el art. 621.°, si bien es cierto no señala expresamente qué tipo de responsabilidad se genera en los casos de demanda que haya estado asegurada por una medida cautelar sea declarada infundada, sin embargo, la sumilla de esta norma se refiere a las “sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa”, por lo que el juzgador debe fundamentar porqué razón adopta una determinada teoría de la responsabilidad civil, y regular la indemnización teniendo en cuenta los factores atributivos de responsabilidad, así como la conducta procesal de ambas partes. Sétimo. Que, en consecuencia, el auto de vista al no fundamentar las razones por las que acoge la teoría objetiva de la responsabilidad, adolece de motivación aparente, con lo que vulnera el derecho de motivación de resoluciones (...)”<sup>66</sup>

<sup>65</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. La Póliza Judicial ... ob. cit., p. 47

<sup>66</sup> Casación N.° 882-2008 Callao, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. El Peruano, 30.01.2009, pp. 23793-23794.

## 2.2.2. Legislación comparada

### Ley de Enjuiciamiento Español

La ley de Enjuiciamiento Civil Español. Ley 1 de enero 7 de 2000, Para referirse a las consecuencias de la medida cautelar maliciosa o innecesario utiliza el termino: “Alzamiento de las medidas tras sentencia absolutoria firme”<sup>67</sup> en su artículo 745 en cual prevé:

“Firme una sentencia absolutoria, sea en el fondo o en la instancia, se alzarán de oficio todas las medidas cautelares adoptadas y se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 742 respecto de los daños y perjuicios que hubiere podido sufrir el demandado. Lo mismo se ordenará en los casos de renuncia a la acción o desistimiento de la instancia”.<sup>68</sup>

En cuanto a los efectos que produce ante una medida cautelar dictada fuera el proceso, no se presenta la demanda dentro del plazo correspondiente, esta situación ha sido regulada por el artículo 730. Bajo el *nomen iuris* de: Momentos para solicitarlas medidas cautelares.

“(…) 2. Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad. En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas

<sup>67</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil., Artículo 745. Disponible en [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Privado/11-2000.13t6.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.13t6.html)

<sup>68</sup> Idem

y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas”<sup>69</sup>

A nivel Suramericano resulta pertinente destacar la legislación Argentina y la Paraguaya Así:

### **Código procesal civil y comercial de la nación Argentina**

Tal como acontece con la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, el Código procesal civil y comercial de la nación Argentina regula dos momentos: el primero cuando de manera general, por cualquier motivo se ordena el levantamiento de la medida cautelar, en este sentido su artículo 208 establece

“Responsabilidad. Salvo en el caso de los artículos 209, inciso 1, y 212, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución la condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte la hubiere solicitado. La determinación del monto se sustanciará por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según que las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento a criterio del juez, cuya decisión sobre este punto será irrecurrible”<sup>70</sup>

El segundo momento o situación se refiere a los efectos de la medida cautelar fuera del proceso en la que no se interpusiera la demanda en el plazo legal, en este caso se prevé en el artículo 207 como efecto la “Caducidad Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieran ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiera la demanda dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba, aunque la otra parte hubiese deducido recurso. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción del proceso; una vez iniciado éste, podrá ser nuevamente requerida si concurrieren los requisitos de su procedencia. La inhibiciones y embargos se extinguirán a los cinco (05) años de la fecha de su anotación en el Registro que corresponda, salvo que a petición de

<sup>69</sup> Ídem artículo 730

<sup>70</sup> Código Procesal Civil Y Comercial de la Nación, artículo 208 disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#5>

parte se reinscribieran antes del vencimiento del plazo por orden del juez que extendió en el proceso”<sup>71</sup>

## **Código Procesal Civil de Paraguay**

La legislación Paraguaya por su parte dispone en una sola norma los efectos que se presentan como consecuencia del levantamiento de una medida cautelar en su artículo 702. Denominándola “Responsabilidad. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 700, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitado. La determinación del monto de éstos se sustanciará por el trámite del proceso de conocimiento sumario”<sup>72</sup>

### **2.3. Conceptos relacionados con la investigación**

**Abandono del proceso:** Institución jurídica que extingue la relación procesal en el estado en que se encuentre, bien sea por inactividad de las partes: no realizan actos procesales, y/o del Juez que no impulsa el proceso cuyo efecto es que pone fin al proceso sin afectar la pretensión.

**Amparar la demanda:** Termino jurídico empleado para decir que el juez ha declarado fundada la demanda.

**Caución juratoria:** Juramento realizado de manera formal, mediante el cual una persona se compromete a cumplir lo pactado, convenido u ordenado por la autoridad judicial.

**Certeza:** Ausencia de dudas sobre la verdad.

---

<sup>71</sup> Ídem artículo 207

<sup>72</sup> Código Procesal Civil, Ley N° 1337 artículo 702 disponible en [file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario/Mis%20documentos/Downloads/C%C3%B3digo%20Procesal%20Civil%20\(1988\).pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario/Mis%20documentos/Downloads/C%C3%B3digo%20Procesal%20Civil%20(1988).pdf)

**Culpa:** omisión de la conducta debida para prever y evitar el daño. Se manifiesta por la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos o deberes.

**Dolo:** Intención maliciosa, engañosa o fraudulenta dirigida a obtener un fin.

**Embargo en información:** Medida cautelar que consiste en el nombramiento de uno o varios interventores informadores para que recaben información y verifiquen el movimiento económico del demandado así como su situación patrimonial en un plazo determinado.

**Embargo en recaudación.** Medida cautelar por la cual se afectan directamente los ingresos del demandado en el lugar en el cual éstos se perciben.

***Inaudita altera pars:*** Locución latina que literalmente significa "no oída la otra parte".

**Indemnización:** compensación económica que puede exigir una persona que siente que ha sido perjudicada por una actuación en el proceso.

***Prima facie:*** Locución latina de uso frecuente en las actuaciones judiciales, que quiere decir a primera vista o en principio.

***Rebus sic stantibus:*** expresión latina, que puede traducirse como "estando así las cosas".

**Resarcimiento:** Reparación de daño o mal. Indemnización de daños o perjuicios.

***Sub iudice:*** Locución latina usada para significar el asunto que se halla pendiente de decisión judicial por parte del juez.

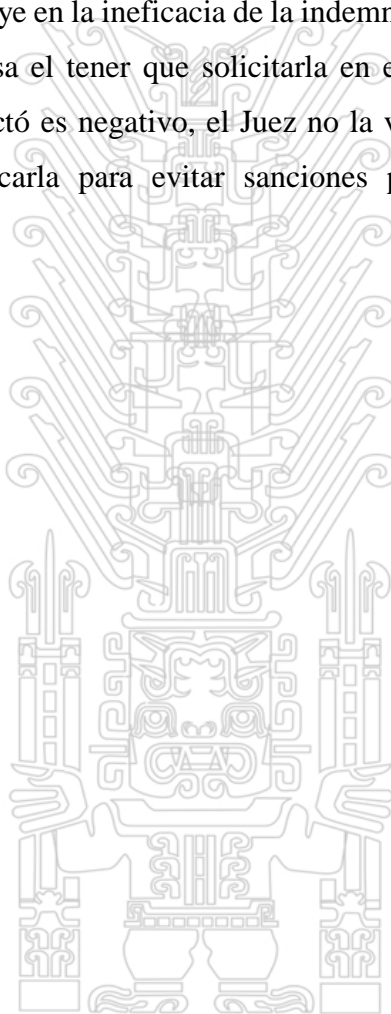
## 2.4. HIPOTESIS

### 2.4.1. Hipótesis Principal

Los motivos que influyen la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa son: que se ha restringido para ser solicitada solo cuando la demanda sea declarada infundada, y que se debe solicitar en el mismo proceso y ante el mismo juez que la dicto.

### 2.4.2. Hipótesis Específicas

1. La manera como influye en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa el que solo se pueda solicitar cuando la demanda sea declarada infundada es porque no se ha previsto para otras actuaciones procesales en las que la medida se ha levantado tales como el abandono del proceso principal por el demandante, porque se practicó en un monto excesivo, etc.
2. El sentido en que influye en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa el tener que solicitarla en el mismo proceso y ante el mismo Juez que la dictó es negativo, el Juez no la va a decidir imparcialmente sino buscando justificarla para evitar sanciones por su conducta dolosa o negligente.



## **CAPITULO III:**

### **METODO**

#### **3.1.TIPO DE INVESTIGACION**

El tipo de investigación que se realizó fue descriptiva y aplicada por cuanto: en primer lugar se describe, analiza e interpreta la manera como son presentadas por la ley, los pronunciamientos judiciales y por los doctrinantes; la medida cautelar e indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa y en segundo lugar se espera que las conclusiones presentadas sirvan para promover un debate teórico y legislativo que conduzca a la modificación del artículo 621 del Código Procesal Civil: ampliando los asuntos en los que resulta procedente solicitar la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa y previendo que esa solicitud se realice ante un Juez diferente al que dicto la medida que devino en maliciosa.

#### **3.2.NIVEL DE INVESTIGACIÓN**

El estudio elaborado fue de nivel descriptivo, explicativo y correlacional. Se describieron, con apoyo del marco teórico, las variables de la investigación: medida cautelar e indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa, se explicó la manera como se produce la ineficacia de la indemnización originada en la medida cautelar maliciosa o innecesaria y correlacional dado que a través del análisis de coeficientes se determinará su grado de variación.

#### **3.3.DISEÑO DE INVESTIGACIÓN**

Para lograr los objetivos propuestos en esta investigación se empleó el diseño transversal, no experimental.

Trasversal por cuanto se analizaran los datos obtenidos en la encuesta para las variables de la investigación medida cautelar e indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa y no experimental porque las variables no se manipularon por el investigador.

### **3.4.MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

Los métodos empleados fueron:

**El sistemático.** Permitió relacionar las variables de la investigación: medida cautelar e indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa, para llegar a establecer los motivos por los cuales la indemnización pro medida cautelar innecesaria o maliciosa resulta ser ineficaz.

**El exegético.** Posibilitó conocer como han sido reguladas por la legislación: nacional y extranjera, las variables medida cautelar e indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa.

### **3.5.ESTRATEGIA DE PRUEBA DE HIPÓTESIS**

Para probar la hipótesis se siguió el procedimiento estadístico generalmente aceptado de manera que:

- 1) Se definió la hipótesis nula y la hipótesis nula alterna.
- 2) Aplicando la formula correspondiente se estableció el tamaño de la muestra: 62
- 3) Se señaló el margen de error del trabajo: 5%.
- 4) Se aplicó la encuesta y se recogieron los resultados
- 5) Los resultados de la encuesta se ingresaron al software SPSS
- 6) El software SPSS arrojó los valores de la tabla anova y de coeficientes, dentro de los que tiene importancia para esta investigación, el de la significancia.
- 7) El valor de la significancia se comparó con el margen de error aceptado pues, de resultar menor su valor se rechaza la hipótesis nula y se acepta la alterna.

### **3.6.OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES**

#### **VARIABLE INDEPEDIENTE**

#### **X. MEDIDA CAUTELAR**

#### **INDICADORES:**

- X.1. Asegurar el cumplimiento de la sentencia
- X.2. Demanda
- X.3. Caución

#### **VARIABLE DEPENDIENTE**

#### **Y. INDEMNIZACIÓN POR MEDIDA CAUTELAR INNECESARIA O MALICIOSA**

#### **INDICADORES:**

- Y.1. Sanción
- Y.2. Perjuicio
- Y.3. Ineficaz

### **3.7.POBLACIÓN DE LA INVESTIGACION**

Estuvo conformada por 80 sujetos entre: Jueces Superiores de la Sala Civil de Lima centro, Jueces Civiles de Lima centro, Especialistas y Secretarios de los juzgados Civiles de Lima Centro, Jueces en lo Comercial, Especialistas y Secretarios de los juzgados Comerciales, Abogados demandantes en proceso Civiles en Lima Centro, Abogados de demandados en Procesos Civiles en Lima Centro..

### **3.8.MUESTRA DE LA INVESTIGACION**

Se conformó por 62 sujetos entre Jueces Superiores de la Sala Civil de Lima centro, Jueces Civiles de Lima centro, Especialistas y Secretarios de los juzgados Civiles de Lima

Centro, Jueces en lo Comercial del Lima Centro, Especialistas y Secretarios de los

Tesis publicada con autorización del autor  
No olvide citar esta tesis

juzgados Comerciales de Lima Centro, Abogados demandantes en proceso Civiles en Lima Centro, Abogados de demandados en Procesos Civiles en Lima Centro,

Para definir la muestra se empleó el método no probabilístico y aplico la siguiente formula

$$n = \frac{n^{\circ}}{1 + \frac{n^{\circ}}{N}}$$

Donde

$$n^{\circ} = p * (1 - p) * \left[ \frac{z \left( 1 - \frac{\alpha}{2} \right)}{d} \right]^2$$

N = Total de la población

$1 - \frac{\alpha^2}{2}$  = 0.05

$z(1-\alpha/2)$  = 1.64

P = proporción esperada 0.5

• d = precisión (en su investigación use un 5%).

Z = nivel de confianza 90%

### Confección de la muestra

SUJETO	CANTIDAD	%
Jueces Superiores de la Sala Civil de Lima centro	02	3.22
Jueces Civiles de Lima centro	15	24.10
Especialistas y Secretarios de los juzgados Civiles de Lima Centro	10	16.12
Jueces en lo Comercial	09	14.51
Especialistas y Secretarios de los juzgados Comerciales	06	9.62
Abogados demandantes en proceso Civiles en Lima Centro	10	16.2
Abogados de demandados en Procesos Civiles en Lima Centro	10	16.2
<b>TOTAL</b>	<b>62</b>	<b>99.97</b>

### 3.9. Técnicas e instrumentos de Recopilación de Datos

Se emplearon:

**Encuesta:** Aplicada a la muestra, proporcionó datos sobre las variables medida cautelar e indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa. El instrumento utilizado fue el cuestionario.

**Análisis documental.** Para obtener datos de las fuentes secundarias: revistas, libros, folletos, documentos de internet, etc. acerca de las variables: medida cautelar e indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa, a través del instrumento ficha de registro de datos.

### 3.10. Técnicas de procesamiento de información

Los datos de la investigación se procesaron a través de las siguientes técnicas:

**Ordenamiento y clasificación.** Utilizado para ordenar la información referente a medida cautelar e indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa lo que facilito su consulta.

**Registro manual.** Permitió digitar la información que se poseía sobre las variables: medida cautelar e indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa de manera que se presentaran ordenadamente en el marco teórico de la investigación. .

**Proceso SPSS.** Para obtener datos estadísticos sobre las variables: medida cautelar e indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa a partir de la encuesta.

### 3.11. Técnicas de análisis de información

La información contenida en las fuentes de la investigación fue analizada utilizando las siguientes técnicas:

**Indagación.** Su aplicación permitió acceder a la información general sobre: medida cautelar e indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa.

**Análisis documental.** Aplicando esta técnica se logró clasificar, conocer, analizar y seleccionar la información a presentar en el investigación sobre: medida cautelar e indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa.

**Conciliación de datos.** Esta técnica permitió consolidar los datos obtenidos en la encuesta con respecto medida cautelar e indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa.

**Tabulación de cuadros con cantidades y porcentajes.-** Se utilizó para presentar los resultados arrojados por el sistema SPS sobre: medida cautelar e indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa.

## CAPITULO IV:

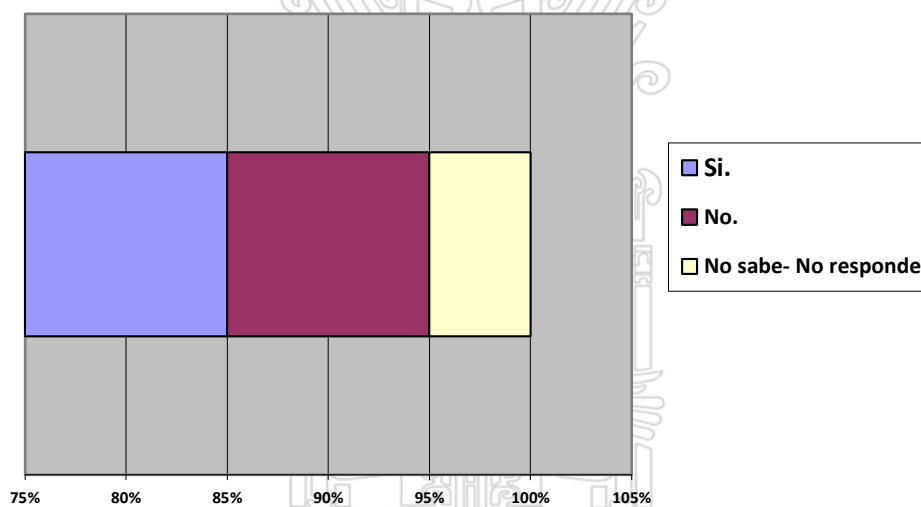
### RESULTADOS

#### 4.1.ANALISIS DE LA ENCUESTA

1. ¿Sabía usted que la medida cautelar es solicitada por el demandante para asegurar el cumplimiento de la sentencia?

#### GRAFICO No 1:

La medida cautelar es solicitada por el demandante para asegurar el cumplimiento de la sentencia.



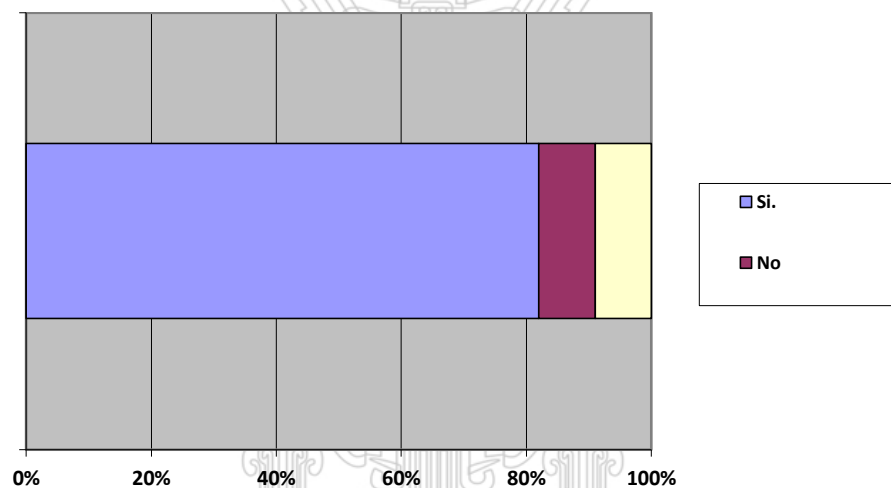
Fuente encuesta realizada

**Resultado:** La encuesta realizada muestra que el 85% de los encuestados sabía que la medida cautelar es solicitada por el demandante para asegurar el cumplimiento de la sentencia.

2. ¿Está usted de acuerdo con que si no se asegura el cumplimiento de la sentencia mediante la medida cautelar, este puede frustrarse por actos que el demandado pueda realizar sobre sus bienes?

### GRAFICO NR 2:

Si no se asegura el cumplimiento de la sentencia mediante la medida cautelar, este puede frustrarse por actos que el demandado pueda realizar sobre sus bienes



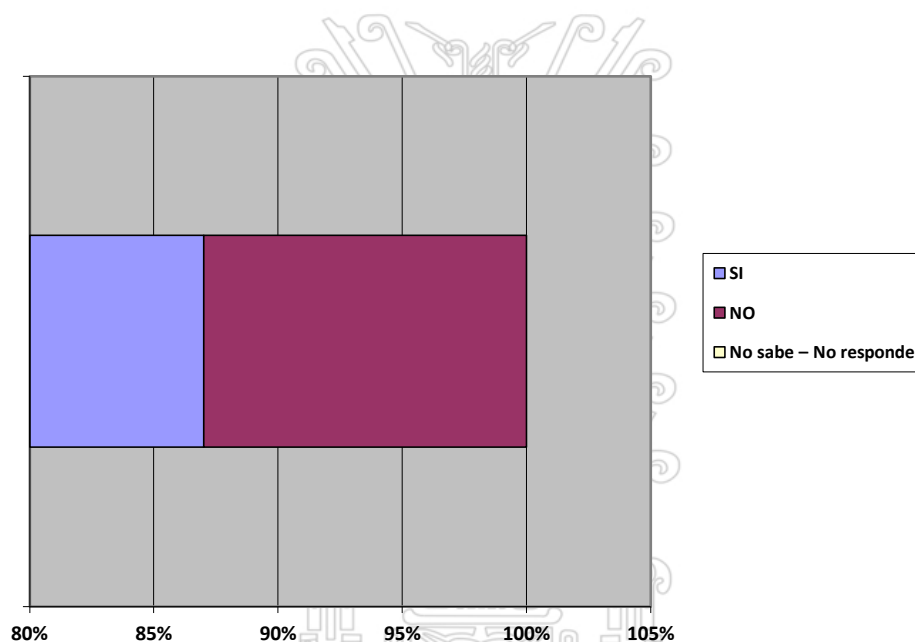
Fuente encuesta realizada

**Resultado:** La encuesta realizada muestra que el 82% de los encuestados está de acuerdo con que si no se asegura el cumplimiento de la sentencia mediante la medida cautelar, este puede frustrarse por actos que el demandado pueda realizar sobre sus bienes.

3. ¿Está usted de acuerdo con que la medida cautelar se debe solicitar por una petición que en sentido estricto constituye una demanda?

### GRAFICO No. 3:

La medida cautelar se debe solicitar por una petición que en sentido estricto constituye una demanda.



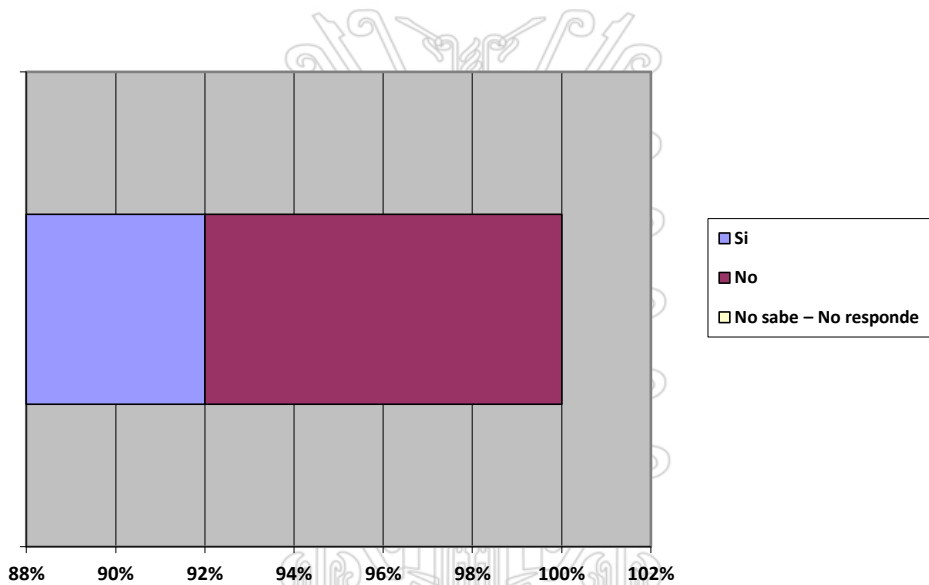
Fuente encuesta realizada

**Resultado:** La encuesta realizada muestra que el 87% de los encuestados está de acuerdo con que la medida cautelar se debe solicitar por una petición que en sentido estricto constituye una demanda.

4. ¿Sabía usted que la solicitud de medida cautelar debe estar debidamente fundamentadas en pruebas que se le deben adjuntar?

**GRAFICO No.4:**

La solicitud de medida cautelar debe estar debidamente fundamentadas en pruebas que se le deben adjuntar.



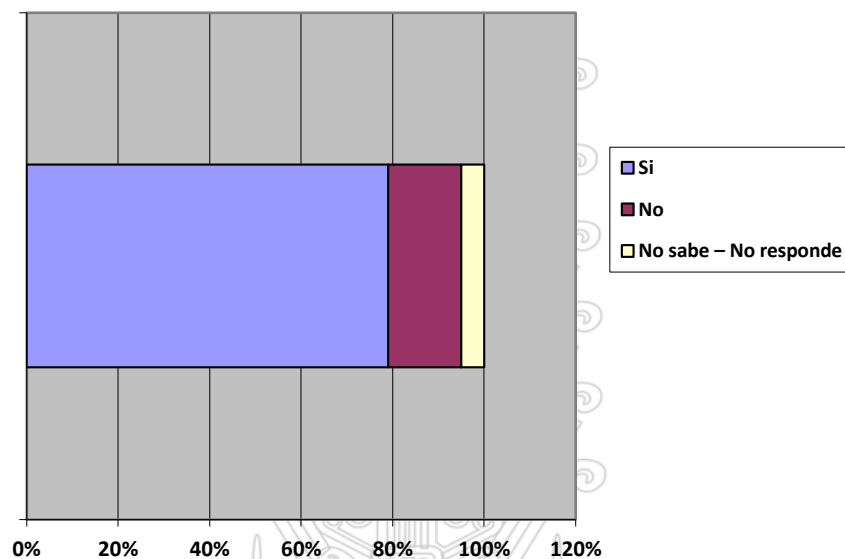
Fuente encuesta realizada

**Resultado:** La encuesta realizada muestra que el 92% de los encuestados sabe que la solicitud de medida cautelar debe estar debidamente fundamentadas en pruebas que se le deben adjuntar.

5. ¿Sabía usted que legalmente la caución se debe prestar para la ejecución de la medida cautelar dictada por el Juez?

**GRAFICO No. 5:**

Legalmente la caución se debe prestar para la ejecución de la medida cautelar dictada por el Juez.



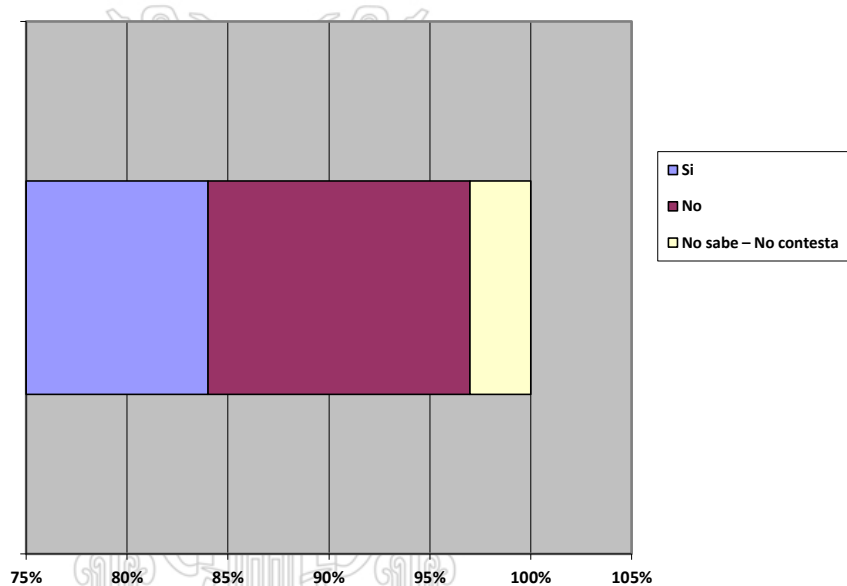
Fuente: Encuesta realizada.

**Resultado:** La encuesta realizada muestra que el 79% de los encuestados sabe que legalmente la caución se debe prestar para la ejecución de la medida cautelar dictada por el Juez.

6. ¿Está usted de acuerdo con que al momento de prestar la caución el demandante sabe que es para indemnizar los perjuicios que la medida le pueda ocasionar al demandado?

### GRAFICO No. 6:

Al momento de prestar la caución el demandante sabe que es para indemnizar los perjuicios que la medida le pueda ocasionar al demandado.



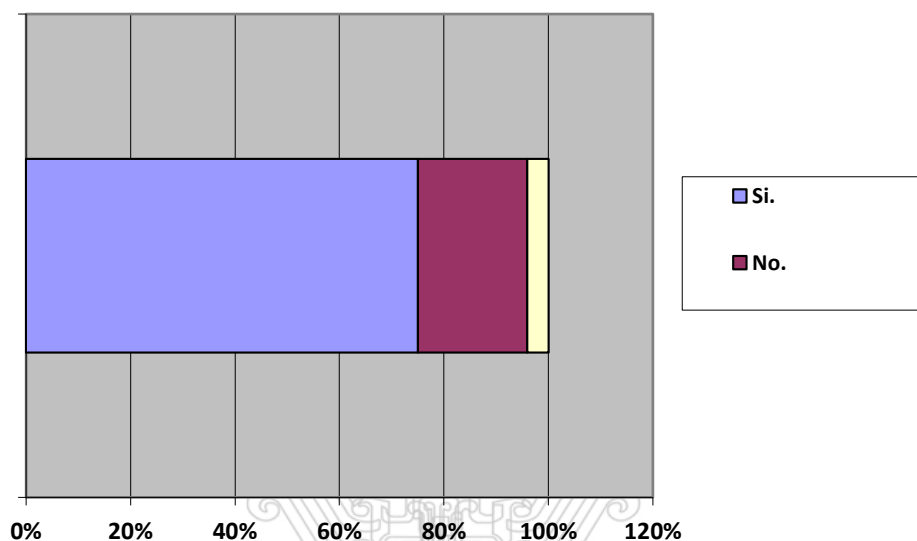
Fuente: Encuesta realizada.

**Resultado:** La encuesta realizada muestra que el 83 % de los encuestados está de acuerdo con que al momento de prestar la caución el demandante sabe que es para indemnizar los perjuicios que la medida le pueda ocasionar al demandado

7. ¿Está usted de acuerdo con que la indemnización por medida cautelar o maliciosa es una sanción que no siempre se produce porque es facultativa del Juez imponerla?

### GRUPO No. 7:

. La indemnización por medida cautelar o maliciosa es una sanción que no siempre se produce porque es facultativa del Juez imponerla.



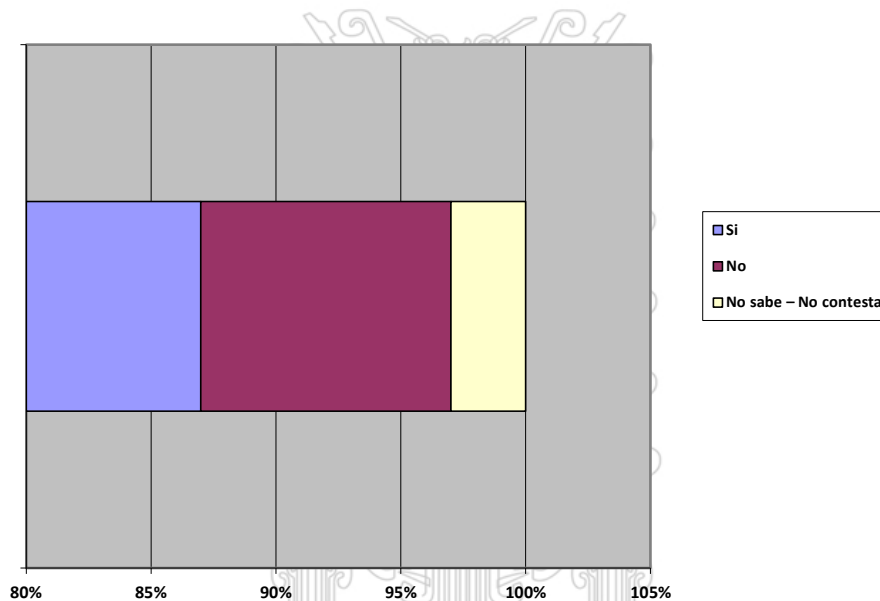
Fuente: Encuesta realizada.

**Resultado:** La encuesta realizada muestra que el 75 % de los encuestados está de acuerdo con que la indemnización por medida cautelar o maliciosa es una sanción que no siempre se produce porque es facultativa del Juez imponerla.

8. ¿Considera usted que la sanción de la indemnización por medida cautelar o maliciosa se debe imponer por haberse declarado infundada la demanda sin realizar ningún tipo de análisis adicional?

### GRAFICO No. 8:

La sanción de la indemnización por medida cautelar o maliciosa se debe imponer por haberse declarado infundada la demanda sin realizar ningún tipo de análisis adicional.



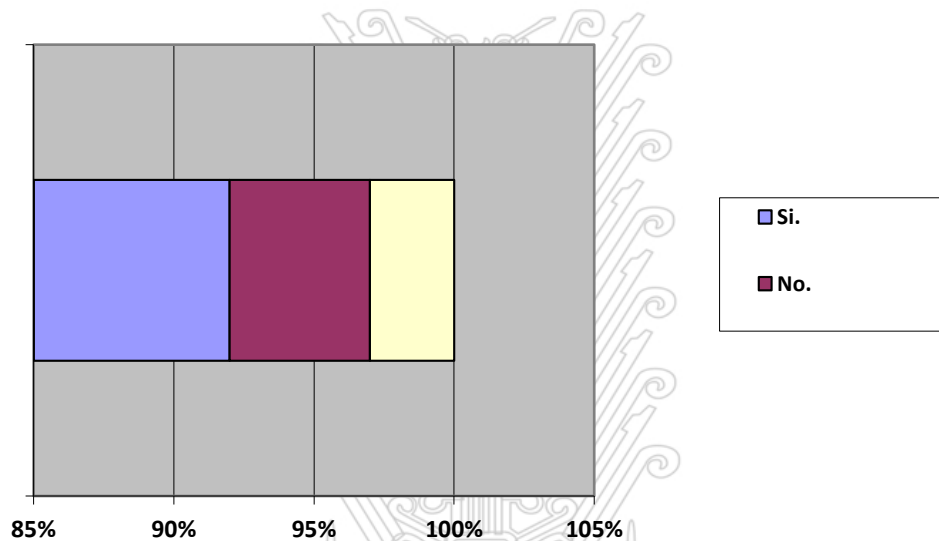
Fuente: Encuesta realizada.

**Resultado:** La encuesta realizada muestra que el 87% de los encuestados considera que la sanción de la indemnización por medida cautelar o maliciosa se debe imponer por haberse declarado infundada la demanda sin realizar ningún tipo de análisis adicional

9. ¿Está usted de acuerdo con que la indemnización por medida cautelar o maliciosa resulta justificada porque su propósito es el de resarcir el perjuicio ocasionado al demandado?

### GRAFICO No. 9:

La indemnización por medida cautelar o maliciosa resulta justificada porque su propósito es el de resarcir el perjuicio ocasionado al demandado.



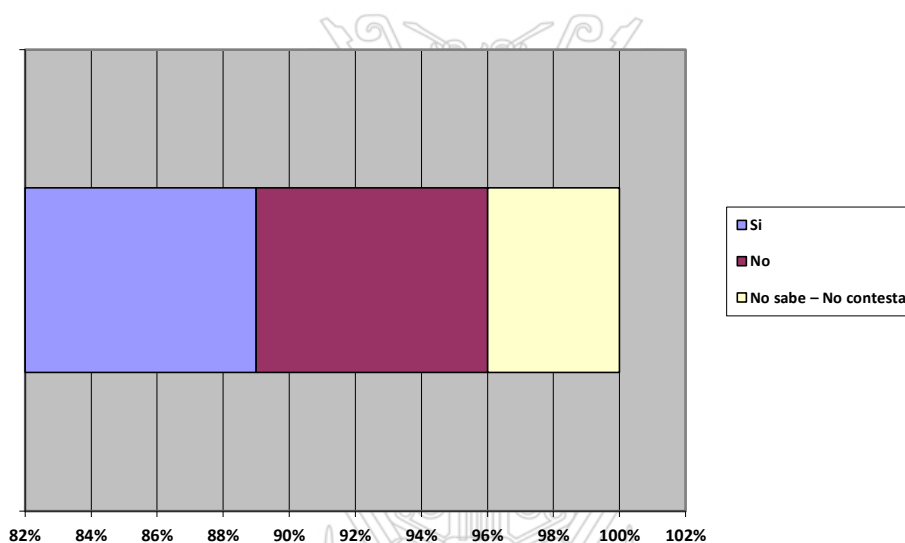
Fuente: Encuesta realizada.

**Resultado:** La encuesta realizada muestra que el 92% de los encuestados esta acuerdo con que la indemnización por medida cautelar o maliciosa resulta justificada porque su propósito es el de resarcir el perjuicio ocasionado al demandado.

10. ¿Considera usted que siempre que se dicte y ejecute una medida cautelar que posteriormente se levanta, sin importar el tiempo que se mantuvo, genera perjuicios al demandado?

**GRAFICO No. 10:**

Siempre que se dicte y ejecute una medida cautelar que posteriormente se levanta, sin importar el tiempo que se mantuvo, genera perjuicios al demandado



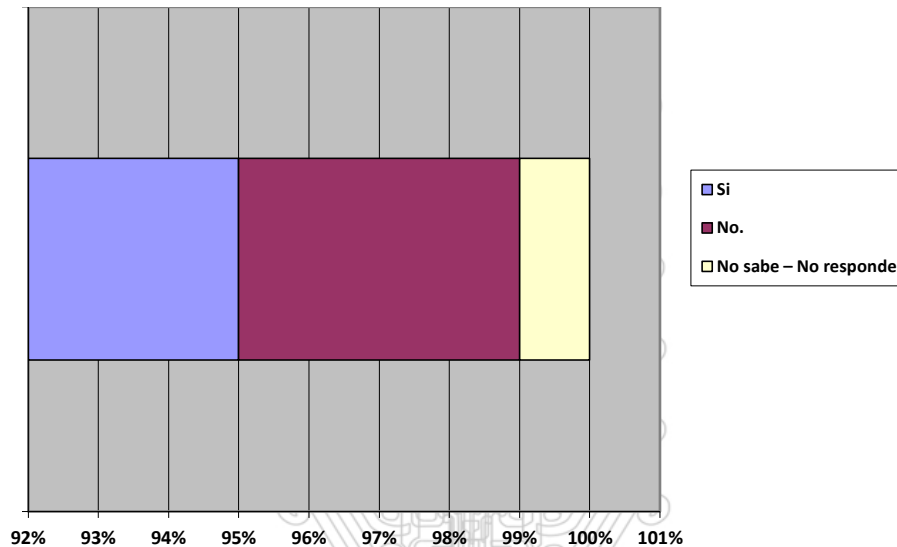
Fuente: Encuesta realizada.

**Resultado:** La encuesta realizada muestra que el 89% de los encuestados considera que siempre que se dicte y ejecute una medida cautelar que posteriormente se levanta, sin importar el tiempo que se mantuvo, genera perjuicios al demandado

11. ¿Está usted de acuerdo con que la indemnización por medida cautelar o maliciosa resulta ineficaz por cuanto no se impone por el Juez?

**GRAFICO No. 11:**

La indemnización por medida cautelar o maliciosa resulta ineficaz por cuanto no se impone por el Juez.



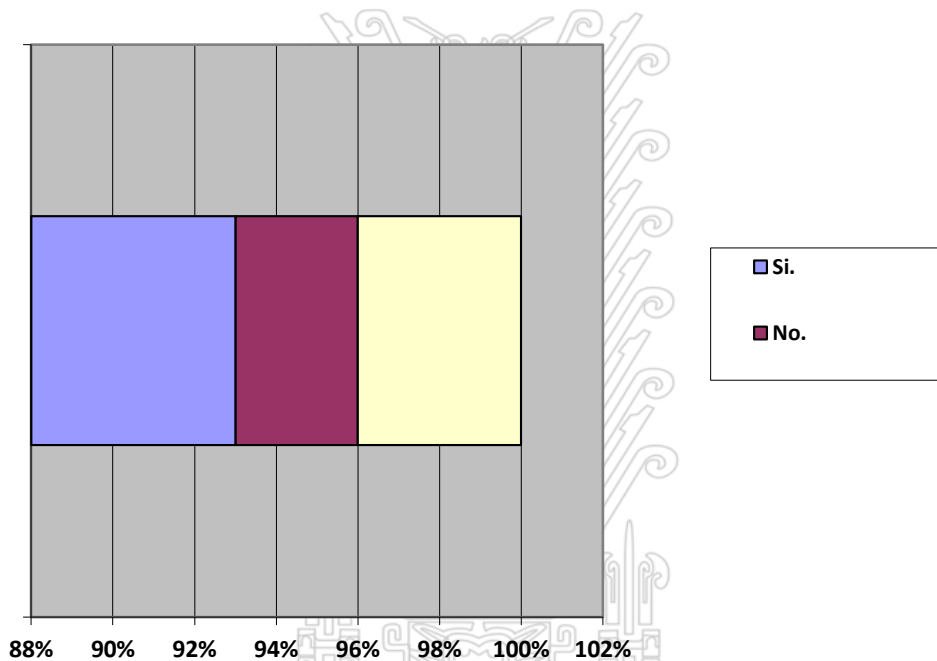
Fuente: Encuesta realizada.

**Resultado:** La encuesta realizada muestra que el 95% de los encuestados está de acuerdo con que la indemnización por medida cautelar o maliciosa resulta ineficaz por cuanto no se impone por el Juez.

12. ¿Considera usted que la ineficacia de la indemnización por medida cautelar o maliciosa se concreta en que el demandado no es resarcido por los daños que ésta le ocasionó?

**GRAFICO No. 12:**

La ineficacia de la indemnización por medida cautelar o maliciosa se concreta en que el demandado no es resarcido por los daños que ésta le ocasionó.



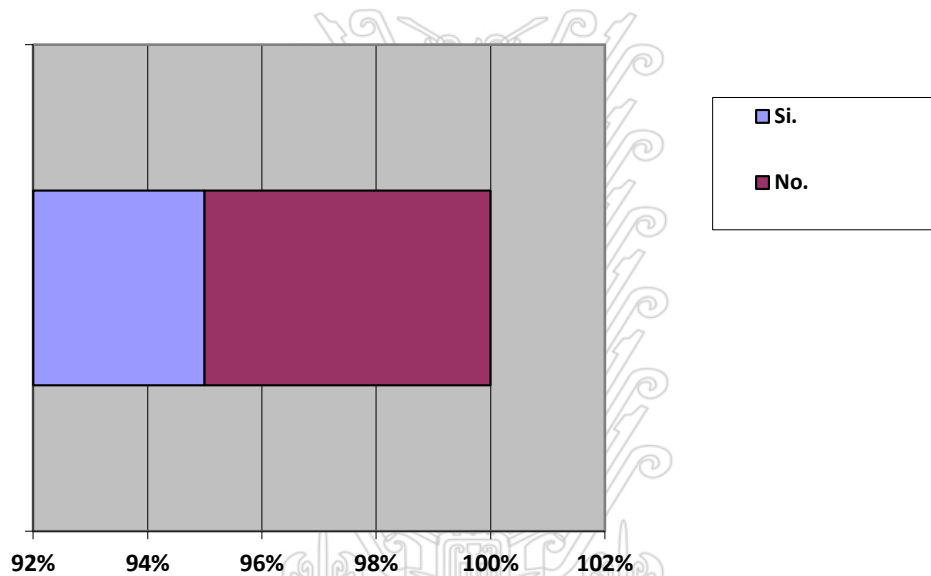
Fuente: Encuesta realizada.

**Resultado:** La encuesta realizada muestra que el 93% de los encuestados considera que la ineficacia de la indemnización por medida cautelar o maliciosa se concreta en que el demandado no es resarcido por los daños que ésta le ocasionó.

13. ¿Está usted de acuerdo con que el hecho de que solo se pueda solicitar cuando la demanda sea declarada infundada influye la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa?

**GRAFICO No. 13:**

El hecho de que solo se pueda solicitar cuando la demanda sea declarada infundada influye la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa



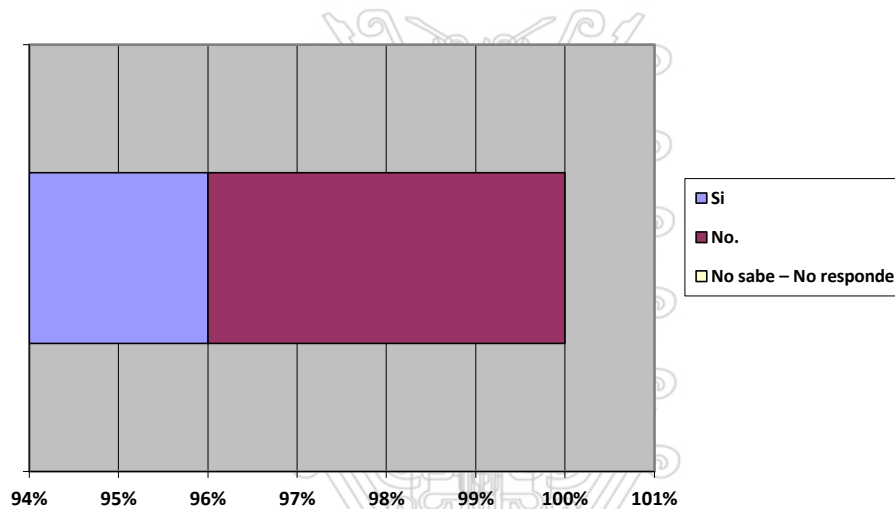
Fuente: Encuesta realizada.

**Resultado:** La encuesta realizada muestra que el 95% de los encuestados está de acuerdo con que el hecho de que solo se pueda solicitar cuando la demanda sea declarada infundada influye la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa.

14. ¿Considera usted que la exigencia de solicitar la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa en el mismo proceso y ante el mismo Juez que la dictó influye en su ineficacia?

**GRAFICO No. 14:**

La exigencia de solicitar la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa en el mismo proceso y ante el mismo Juez que la dictó influye en su ineficacia



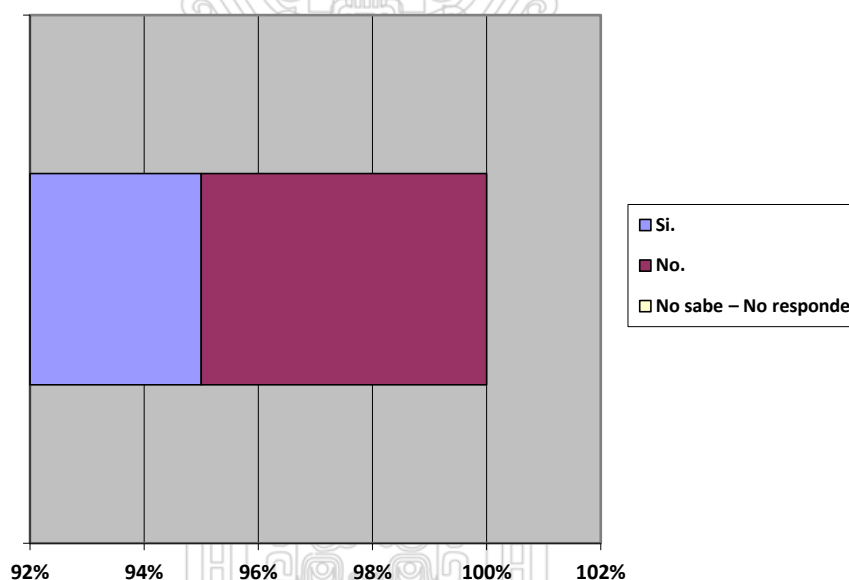
Fuente: Encuesta realizada.

**Resultado:** La encuesta realizada muestra que el 96% de los encuestados considera que la exigencia de solicitar la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa en el mismo proceso y ante el mismo Juez que la dictó influye en su ineficacia

15. ¿Está usted de acuerdo con que se debe modificar el artículo 621 del Código Procesal Civil ampliando las materias en las cuales se puede solicitar la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa y mediante un nuevo proceso?

### GRAFICO No. 15:

Se debe modificar el artículo 621 del Código Procesal Civil ampliando las materias en las cuales se puede solicitar la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa y mediante un nuevo proceso



Fuente encuesta realizada

**Resultado:** La encuesta realizada muestra que el 95% de los encuestados está de acuerdo con que se debe modificar el artículo 621 del Código Procesal Civil ampliando las materias en las cuales se puede solicitar la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa y mediante un nuevo proceso.

## 4.2. CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS

Se deben definir las hipótesis:

### Hipótesis nula:

**H0:** No hay motivos que influyan la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa son: que se ha restringido para ser solicitada solo cuando la demanda sea declarada infundada, y que se debe solicitar en el mismo proceso y ante el mismo juez que la dicto.

### Hipótesis Alterna:

**Ha:** Los motivos que influyen la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa son: que se ha restringido para ser solicitada solo cuando la demanda sea declarada infundada, y que se debe solicitar en el mismo proceso y ante el mismo juez que la dicto.

**TABLA DE ANÁLISIS DE VARIANZA ANOVA (b):**

Modelo		Suma de cuadrados	Gl	Media cuadrática	F	Sig.
1	Regresión	85.542%	1	85.542%	8.220%	3.13%(a)
	Residual	44.458%	5	8.825%		
	Total	130.000%	7			

a. Variables predictoras (Constante), Medida cautelar

b. Variable dependiente: Indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa.

fuentes: Encuesta realizada

## ANÁLISIS DATOS TABLA ANOVA:

Iniciamos señalando que varianza es una característica de la muestra, que cuantifica su dispersión o variabilidad en relación del valor promedio. Tiene unidades al cuadrado de la variable. Su raíz cuadrada positiva es la desviación típica.

En la Tabla ANOVA, se pueden identificar los siguientes datos:

Suma de cuadrados, Grados de libertad, Media cuadrática, Estadístico “F” y el Valor de significancia. El estadístico “F” es el cociente entre dos estimadores diferentes de la varianza. Uno de estos estimadores se obtiene a partir de la variación existente entre las medias de regresión. El otro estimador se obtiene a partir de la variación residual. La Tabla de ANOVA, recoge una cuantificación de ambas fuentes de variación (sumas de cuadrados), los grados de libertad (gl) asociados a cada suma de cuadrados y el valor concreto adoptado por cada estimador de la varianza muestral (media cuadrática: se obtiene dividiendo las sumas de cuadrados entre sus correspondientes grados de libertad). Ahora, el cociente entre estas dos medias cuadráticas nos proporciona el valor del Estadístico “F”, el cual aparece acompañado de su correspondiente nivel crítico o nivel de significación observado.

Del contenido de la tabla tenemos los siguientes valores:

$F=8,220$ . A pesar de no ser muy alto, resulta representativo para la predicción del modelo lineal.

Valor sig = 3.13%. Siendo menor al margen de error del 5.00% propuesto, lo cual de acuerdo a la doctrina estadística generalmente aceptada, permite rechazar la hipótesis nula y la consiguiente aceptación de la hipótesis alterna.

**TABLA DE COEFICIENTES (a):**

Modelo	Variables	Coeficientes no estandarizados		Coeficientes estandarizados	t	Sig.
		B	Error típ.	Beta	B	Error típ.
1	MEDIDA CAUTELAR	42.92%	18.34%	79.20%	2.20%	3.13%
1	INDEMNIZACIÓN POR MEDIDA CAUTELAR INNECESARIA O MALICIOSA	56.80%	19.44%		2.92%	3.38%

a. Variable dependiente: **Indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa**

Fuente: Encuesta realizada.

### ANÁLISIS DE LA TABLA DE COEFICIENTES:

El Coeficiente de Regresión, en un modelo de regresión lineal presenta los valores de “a” y “b” que determinan la expresión de la recta de regresión  $Y = a + bX$ .

La tabla proporciona los siguientes datos: Coeficientes no Estandarizados, Coeficientes Estandarizados, el valor de “t” y el Grado de Significancia.

El coeficiente estandarizado o coeficiente beta indica el peso relativo de cada variable, sin importar la unidad de medida en que se encuentren expresadas.

Del contenido de la tabla tenemos los siguientes valores:

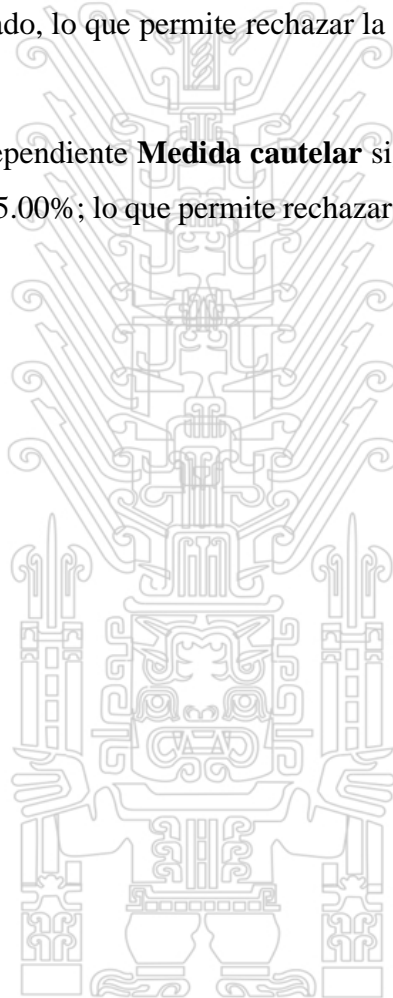
El coeficiente de regresión estandarizado para la variable dependiente: **Indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa** está vacío porque el estándar está dado justamente por dicha variable, en cambio el Coeficiente para la variable independiente: **Medida cautelar**

La columna “t”, corresponde a un estadístico que se obtiene de dividir el coeficiente no estandarizado entre su error típico. El mismo que es favorable al Modelo de investigación realizado.

Grado de significancia, (sig.) el cual, comparado con el margen de error aceptado, establece la contrastación de la hipótesis.

El valor (Sig.) obtenido en la tabla, para el caso de la variable dependiente **Indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa** es 3.38%, menor que el margen de error 5.00% aceptado, lo que permite rechazar la hipótesis nula y aceptar la hipótesis alterna.

En el caso de la Variable Independiente **Medida cautelar** sig. = 3.13%, menor que el margen de error aceptado del 5.00%; lo que permite rechazar la hipótesis nula y aceptar la hipótesis alterna.



## **CAPITULO V:**

### **DISCUSION**

#### **5.1.DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS**

##### **5.1.1. DISCUSION DE RESPUESTAS DE LA ENCUESTA**

- 1) Para la pregunta No.1, la encuesta realizada muestra que el 85% de los encuestados sabía que la medida cautelar es solicitada por el demandante para asegurar el cumplimiento de la sentencia. No existen trabajos de investigación que permitan comparar este resultado, a pesar de ello éste resulta aceptable y no ha sido debatido.
- 2) Para la pregunta No.2, la encuesta realizada muestra que el 82% de los encuestados está de acuerdo con que si no se asegura el cumplimiento de la sentencia mediante la medida cautelar, este puede frustrarse por actos que el demandado pueda realizar sobre sus bienes. No existen trabajos de investigación que permitan comparar este resultado, a pesar de ello éste resulta aceptable y no ha sido debatido.
- 3) Para la pregunta No.3, la encuesta realizada muestra que el 87% de los encuestados está de acuerdo con que la medida cautelar se debe solicitar por una petición que en sentido estricto constituye una demanda. No existen trabajos de investigación que permitan comparar este resultado, a pesar de ello éste resulta aceptable y no ha sido debatido.
- 4) Para la pregunta No.4, la encuesta realizada muestra que el 92% de los encuestados. sabe que la solicitud de medida cautelar debe estar debidamente fundamentadas en pruebas que se le deben adjuntar. No existen trabajos de investigación que permitan comparar este resultado, a pesar de ello éste resulta aceptable y no ha sido debatido.

- 5) . Para la pregunta No.5, la encuesta realizada muestra que el 79% de los encuestados. sabe qué legalmente la caución se debe prestar para la ejecución de la medida cautelar dictada por el Juez. No existen trabajos de investigación que permitan comparar este resultado, a pesar de ello éste resulta aceptable y no ha sido debatido.
- 6) Para la pregunta No.6, la encuesta realizada muestra que el 83% de los encuestados está de acuerdo con que al momento de prestar la caución el demandante sabe que es para indemnizar los perjuicios que la medida le pueda ocasionar al demandado. No existen trabajos de investigación que permitan comparar este resultado, a pesar de ello éste resulta aceptable y no ha sido debatido.
- 7) . Para la pregunta No.7, la encuesta realizada muestra que el 75% de los encuestados. está de acuerdo con que la indemnización por medida cautelar o maliciosa es una sanción que no siempre se produce porque es facultativa del Juez imponerla. No existen trabajos de investigación que permitan comparar este resultado, a pesar de ello éste resulta aceptable y no ha sido debatido.
- 8) .Para la pregunta No.8, la encuesta realizada muestra que el 75% de los encuestados.. está de acuerdo con que la indemnización por medida cautelar o maliciosa es una sanción que no siempre se produce porque es facultativa del Juez imponerla. No existen trabajos de investigación que permitan comparar este resultado, a pesar de ello éste resulta aceptable y no ha sido debatido.
- 9) Para la pregunta No.9, la encuesta realizada muestra que el 92% de los encuestados. esta acuerdo con que la indemnización por medida cautelar o maliciosa resulta justificada porque su propósito es el de resarcir el perjuicio ocasionado al demandado. No existen trabajos de investigación que permitan comparar este resultado, a pesar de ello éste resulta aceptable y no ha sido debatido.

10). Para la pregunta No.10, la encuesta realizada muestra que el 89% de los

que posteriormente se levanta, sin importar el tiempo que se mantuvo, genera perjuicios al demandado. No existen trabajos de investigación que permitan comparar este resultado, a pesar de ello éste resulta aceptable y no ha sido debatido.

11) Para la pregunta No.11 la encuesta realizada muestra que el 95% de los encuestados. está de acuerdo con que la indemnización por medida cautelar o maliciosa resulta ineficaz por cuanto no se impone por el Juez. No existen trabajos de investigación que permitan comparar este resultado, a pesar de ello éste resulta aceptable y no ha sido debatido.

12) Para la pregunta No.12 la encuesta realizada muestra que el 93% de los encuestados. considera que la ineficacia de la indemnización por medida cautelar o maliciosa se concreta en que el demandado no es resarcido por los daños que ésta le ocasionó No existen trabajos de investigación que permitan comparar este resultado, a pesar de ello éste resulta aceptable y no ha sido debatido.

13) Para la pregunta No.13 la encuesta realizada muestra que el 95% de los encuestados. está de acuerdo con que el hecho de que solo se pueda solicitar cuando la demanda sea declarada infundada influye la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa. No existen trabajos de investigación que permitan comparar este resultado, a pesar de ello éste resulta aceptable y no ha sido debatido.

14) Para la pregunta No.14 la encuesta realizada muestra que el 96% de los encuestados. considera que la exigencia de solicitar la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa en el mismo proceso y ante el mismo Juez que la dictó influye en su ineficacia. No existen trabajos de investigación que permitan comparar este resultado, a pesar de ello éste resulta aceptable y no ha sido debatido.

15) Para la pregunta No.15 la encuesta realizada muestra que el 95% de los encuestados está de acuerdo con que se debe modificar el artículo 621 del Código

Procesal Civil ampliando las materias en las cuales se puede solicitar la

indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa y mediante un nuevo proceso. No existen trabajos de investigación que permitan comparar este resultado, a pesar de ello éste resulta aceptable y no ha sido debatido.

### 5.1.2. DISCUSION DE LOS RESULTADOS DE LA CONTRASTACION ESTADISTICA

- 1) La tabla ANOVA, presenta el Valor de significancia igual a 3.13%. que comparado con el margen de error del 5.00% aceptado es menor. De acuerdo a la doctrina estadística aceptada, se rechaza de la hipótesis nula de la investigación y la aceptación de la hipótesis principal.
- 2) De acuerdo al coeficiente de determinación obtenido el modelo de regresión explica que el 79.20% de la variación total se debe a la variable independiente: **Medida cautelar.**
- 3) En la tabla de coeficientes el valor (Sig.) obtenido en la tabla, para el caso de la variable dependiente **Indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa** es 3.38%, menor que el margen de error 5.00% aceptado, lo que permite rechazar la hipótesis nula y aceptar la hipótesis alterna.
- 4) Para la Variable Independiente **Medida cautelar** sig. = 3.13%, menor que el margen de error aceptado del 5.00%; lo que permite rechazar la hipótesis nula y aceptar la hipótesis alterna.

### 5.2. CONCLUSIONES

Tesis publicada con autorización del autor  
No olvide citar esta tesis

- 1) A pesar de que el Código Procesal Civil autoriza a quien resulta perjudicado como consecuencia de una medida cautelar dictada en su contra, a solicitar la indemnización de los perjuicios sufridos en la práctica legal se convierte en ineficaz dado que, los jueces no amparan la solicitud.
- 2) Dentro de los motivos que originan la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa, se pudieron establecer: que ha sido limitada para ser ejercida solo en el evento en que se declara infundada la demanda y que se debe solicitar ante el mismo Juez que dictó la medida cautelar.
- 3) Las personas pueden resultar perjudicadas por medidas cautelares levantadas en otros eventos diferentes a la declaratoria de demanda infundada .tales como: cuando se produce el abandono del proceso en que se dictó la medida, cuando su monto resulto excesivo, cuando el proceso se termina de manera anticipada por resultar fundada una excepción o defensa previa, etc.
- 4) El Juez no sanciona al solicitante de una medida cautelar que se convierte en maliciosa o innecesaria imponiéndolo el pago de la indemnización de perjuicios causados porque, teme que al variar los argumentos que tuvo en cuenta para dictarla sea objeto de algún tipo de queja o denuncia bajo el argumento de una actuación dolosa o negligente.
- 5) La indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa debería poder hacer efectiva a través de la contracautela que el solicitante debe prestar pero, en la práctica la naturaleza económica con que fue concebida la contracautela ha mutado y se ha hecho costumbre, proporcionarla de manera juratoria.

### 5.3.RECOMENDACIONES

- 1) Se exhorta a los legisladores del Perú a modificar el 621 del Código Procesal Civil estableciendo que, la indemnización de perjuicios allí prevista puede ser solicitada por el perjudicado por una medida cautelar que ha sido levantada por el Juez, asignándole al asunto el procedimiento sumarísimo, ante un Jue diferente al que la dicto. .
- 2) Se recomienda a los jueces vencer el temor de las denuncias y proceder a reconocer a los perjudicados con la medida cautelar dictada en un proceso cuya demanda ha sido declarada infundada una indemnización acorde con los `perjuicios que se le causaron.
- 3) Se exhorta a los jueces para que exijan que la contracautela que se preste al solicitar la medida cautelar sea de naturaleza económica, de manera que de ser necesario, ésta podría satisfacer los perjuicios ocasionados al demandado.



#### 5.4.BIBLIOGRAFÍA

1. ALMAGRO en ALMAGRO NOSETB, J. y TOMÉ PAULÉ, J.: Instituciones de Derecho Procesal (Proceso Civil), Edit. Trivium, 2.1 edición, Madrid, 1994.
2. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Introducción al estudio del derecho procesal, Santa Fé, Rubinzal - Culzoni Editores, 1989.
3. ARIANO DEHO, Eugenia: Problemas del proceso civil. Revista de Derecho (Valdivia) vol. XVIII, núm. 2, Universidad Austral de Chile Valdivia, Chile, 2005.
4. BACRE, Aldo. Medidas Cautelares: doctrina y jurisprudencia. Ediciones La Rocca, Buenos Aires 2005.
5. BAPTISTA DA SILVA Ovidio Araujo: Teoría de la acción cautelar. Editora Safe 1993.
6. CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Buenos aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
7. CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. “Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa” en Código Procesal Civil comentado – Tomo IV para Gaceta Jurídica, 2017.
8. CARBONE, Carlos, La tutela procesal diferenciada en Revista de Derecho Procesal, Santa Fé, Rubinzal - Culzoni Editores, 2009.
9. CARNELUTTI Francesco. Sistemas de Derecho Procesal Civil. Instituciones, del Proceso Civil, LIBRERIA EL FORO, 1997
10. CHIOVENDA, Giuseppe: "instituciones de Derecho Procesal Civil." Vol. 1, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1948.
11. DE LOS SANTOS Mabel: Medida autosatisfactiva y medida cautelar, publicado en Medidas Cautelares, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2002.

12. DI IORIO, Alfredo Jorge. Teoría general de las medidas cautelares. En Temas de Derecho Procesal. Desalma. Buenos Aires, 1985.
13. GREIF Jaime: Medidas cautelares (obra colectiva). Camara Nacional de Apelaciones en lo comercial 2010.
14. HINOSTROZA MINGUEZ, A. Derecho Procesal Civil. Proceso Cautelar. Lima: Jurista Editores E.I.R.L. 2011.
15. HURTADO REYES Martín. Apuntes de las medidas cautelares en el proceso
16. JOVÉ, María Ángeles. “Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil” J.M. Bosch Editor S.A. Barcelona-España 1995.
17. KIELMANOVICH Jorge L.: Medidas cautelares. ISBN 10: 9507272453 ISBN 13: 9789507272455 Editorial: Rubinzal-Culzoni, 2000.
18. LEDESMA NARVÁEZ, Marianela .La tutela cautelar en el Proceso Civil. Gaceta Jurídica S.A., Lima 2013.
19. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. La Póliza Judicial en el Proceso Cautelar. PUC, Lima 2008.
20. MARRÉ Silvia & Otros, Medidas Cautelares. Editorial: Astrea, Buenos Aires, ISBN/ISSN: 9789505087754, 2007.
21. MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. Medidas cautelares. Universidad de Buenos Aires, Argentina, ISBN: 9506792526, 1999.
22. MARTINEZ LETONA, Pedro Antonio. La Teoría Cautelar & Tutela Anticipada, Editora Jurídica Griley, Lima, 2015.
23. MASCIOTRA, Mario. La conducta procesal de las partes. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2005.

24. MAURINO, Luis Alberto. Abuso del Derecho en el proceso. La Ley, Buenos Aires 2001.
25. MONROY GALVEZ, Juan. La formación del proceso civil Peruano. Lima, Communitas, 2010.
26. MONROY GÁLVEZ, Juan: "Temas de Derecho Procesal Civil" Ediciones librería Studium, Lima-Perú 1987.
27. MONROY PALACIOS, Juan José: Bases para formación de una teoría cautelar. Comunidad, Lima Perú, 2002.
28. MONTENEGRO CANNON, Marcela. "La cautela en el proceso civil peruano". Gráfica Horizonte S.A., 2000.
29. MONTERO AROCA, Juan Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil 24ª Edición 2016 Tirant lo Blanch, 2016
30. NOVELLINO, Norberto J. Embargo y desembargo y demás medidas cautelares. La Ley. Buenos Aires, 1994.
31. ORTELLS RAMOS, Manuel. "La tutela Judicial Cautelar en el Derecho Español". Editorial Comares S.L. Granada 1996.
32. ORTELLS RAMOS. "Las medidas cautelares La Ley" 1ª ISBN: 8476959109 ISBN-13: 9788476959107, 2001.
33. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. Las medidas cautelares en los procesos mercantiles. Editorial Iustel, Madrid, 2006.
34. PALACIO, Lino Enrique. Derecho Procesal Civil: Procesos Cautelares y Voluntarios. Tomo VIII. Abeledo Perrot, Argentina 1992.
35. PELÁEZ BARDALES, M. El Proceso Cautelar, Grijley, Lima, 2010.
36. PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio. Tesis: Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil Peruano, presentada para para optar el grado

académico de Doctor en Derecho, Universidad Nacional Mayor De San Marcos Facultad De Derecho y Ciencia Política Unidad De Postgrado. 2015.

37. PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio: La acumulación en el proceso civil peruano. Prysma 2007.

38. PIERO CALAMANDREI citado por RIOJA BERMUDEZ Alexander. El nuevo proceso de amparo. Librería y ediciones Jurídicas. Lima, 2005.

39. PRIORI POSADA Giovanni. Tutela Cautelar. Ara Editores, Lima, 2006.

40. RIVAS Adolfo: Las medidas cautelares en el proceso civil peruano. Jurista Editores, 9972254143, 9789972254147, 2005.

41. ROLAND Arazi: Medidas cautelares. Editorial: ED ASTREA. Edición: 2, 1999.

42. VECINA CIFUENTES, Javier: Potestad cautelar, contenido y límites. Tecnos, 2003.

43. VERAMENDI FLORES, Erick. “Restricción a la tutela jurisdiccional efectiva en la pretensión de indemnización por ejecución de medida cautelar innecesaria o maliciosa” sin fecha, disponible en <http://boletinderecho.upsjb.edu.pe/articulos/Art%3%ADculo%20-%20RESTRICCI%3%93N%20A%20LA%20TUTELA%20JURISDICCIONA%20L%20EFECTIVA%20EN%20LA%20PRETENSI%3%93N%20DE%20INDEMNIZACI%3%93N%20POR%20EJECUCI%3%93N%20DE%20MEDIDA%20CAUTELAR%20INNECESARIA%20O%20MALICIOSA.pdf>

44. VÉSCOVI Enrique. Teoría General del Proceso. Derecho Procesal Civil. T. I Primera Edición, Universidad Católica de Colombia, 2010.

**VIII. ANEXOS: ANEXO No. 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA  
“LA MEDIDA CAUTELAR INNECESARIA O MALICIOSA”**

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES
<p><b>PROBLEMA PRINCIPAL:</b></p> <p>¿Qué motivos influyen en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa?</p> <p><b>PROBLEMAS SECUNDARIOS:</b></p> <p>1) ¿De qué manera influye en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa el que solo se pueda solicitar cuando la demanda sea declarada infundada?</p> <p>2) ¿En qué sentido influye en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa el tener que solicitarla en el mismo proceso y ante el mismo Juez que la dictó?</p>	<p><b>OBJETIVO PRINCIPAL:</b></p> <p>Establecer, motivos influyen en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa valiéndonos del estudio de la ley, de los conceptos emitidos por la jurisprudencia y de la opinión de los doctrinantes para proponer modificaciones al Código Procesal Civil.</p> <p><b>OBJETIVOS SECUNDARIOS:</b></p> <p>1) Analizar la manera cómo influye en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa el que solo se pueda solicitar cuando la demanda sea declarada infundada.</p> <p>2) Señalar el sentido en que influye en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa, el tener que solicitarla en el mismo proceso y ante el mismo Juez que la dictó.</p>	<p><b>HIPOTESIS PRINCIPAL:</b></p> <p>.Los motivos que influyen la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa son: que se ha restringido para ser solicitada solo cuando la demanda sea declarada infundada, y que se debe solicitar en el mismo proceso y ante el mismo juez que la dictó.</p> <p><b>HIPOTESIS SECUNDARIAS:</b></p> <p>1) La manera como influye en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa el que solo se pueda solicitar cuando la demanda sea declarada infundada es porque no se ha previsto para otras actuaciones procesales en las que la medida se ha levantado tales como el abandono del proceso principal por el demandante, porque se practicó en un monto excesivo, etc.</p> <p>2) El sentido en que influye en la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa el tener que solicitarla en el mismo proceso y ante el mismo Juez que la dictó es negativo, el Juez no la va a decidir imparcialmente sino buscando justificarla para evitar sanciones por su conducta dolosa o negligente.</p>	<p><b><u>VARIABLE INDEPENDIENTE</u></b></p> <p><b>X. MEDIDA CAUTELAR INDICADORES:</b></p> <p>X.1. Asegurar el cumplimiento de la sentencia X.2. Demanda X.3. Caución</p> <p><b><u>VARIABLE DEPENDIENTE</u></b></p> <p><b>Y. INDEMNIZACIÓN POR MEDIDA CAUTELAR INNECESARIA O MALICIOSA INDICADORES:</b></p> <p>Y.1. Sanción Y.2. Perjuicio Y.3. Ineficaz</p>

## ANEXO No. 2:

### INSTRUMENTO: ENCUESTA

#### FICHA TÉCNICA DEL INSTRUMENTO A UTILIZAR

- TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DENOMINADO: “LA MEDIDA CAUTELAR INNECESARIA O MALICIOSA”
- AUTOR: LUIS ALBERTO MERA CASAS
- ENTIDAD ACADÉMICA: UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLARREAL
- NIVEL ACADÉMICO: MAESTRIA
- ESPECIALIDAD: EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL
- MARGEN DE ERROR ASUMIDO: 5%
- No. DE ENCUESTADOS: 62
- LUGAR DE APLICACIÓN: LIMA CENTRO
- TEMAS A EVALUAR: MEDIDA CAUTELAR E INDEMNIZACIÓN POR MEDIDA CAUTELAR INNECESARIA O MALICIOSA.
- TIPO DE PREGUNTAS: CERRADAS
- NÚMERO DE PREGUNTAS: 15

### CUESTIONARIO A UTILIZAR:

NR	PREGUNTA	SI	NO	N/R
<b>PREGUNTAS SOBRE MEDIDA CAUTELAR</b>				
1	¿Sabía usted que la medida cautelar es solicitada por el demandante para asegurar el cumplimiento de la sentencia?			
2	¿Está usted de acuerdo con que si no se asegura el cumplimiento de la sentencia mediante la medida cautelar, este puede frustrarse por actos que el demandado pueda realizar sobre sus bienes?			
3	¿Está usted de acuerdo con que la medida cautelar se debe solicitar por una petición que en sentido estricto constituye una demanda?			
4	¿Sabía usted que la solicitud de medida cautelar debe estar debidamente fundamentadas en pruebas que se le deben adjuntar?			
5	¿Sabía usted que legalmente la caución se debe prestar para la ejecución de la medida cautelar dictada por el Juez?			
6	¿Está usted de acuerdo con que al momento de prestar la caución el demandante sabe que es para indemnizar los perjuicios que la medida le pueda ocasionar al demandado?			
<b>PREGUNTAS SOBRE INDEMNIZACIÓN POR MEDIDA CAUTELAR INNECESARIA O MALICIOSA</b>				
7	¿Está usted de acuerdo con que la indemnización por medida cautelar o maliciosa es una sanción que no siempre se produce porque es facultativa del Juez imponerla?			

8	¿Considera usted que la sanción de la indemnización por medida cautelar o maliciosa se debe imponer por haberse declarado infundada la demanda sin realizar ningún tipo de análisis adicional?			
9	¿Está usted de acuerdo con que la indemnización por medida cautelar o maliciosa resulta justificada porque su propósito es el de resarcir el perjuicio ocasionado al demandado?			
10	Considera usted que siempre que se dicte y ejecute una medida cautelar que posteriormente se levanta, sin importar el tiempo que se mantuvo, genera perjuicios al demandado?			
11	¿Está usted de acuerdo con que la indemnización por medida cautelar o maliciosa resulta ineficaz por cuanto no se impone por el Juez?			
12	¿Considera usted que la ineficacia de la indemnización por medida cautelar o maliciosa se concreta en que el demandado no es resarcido por los daños que ésta le ocasionó?			
13	¿Está usted de acuerdo con que el hecho de que solo se pueda solicitar cuando la demanda sea declarada infundada influye la ineficacia de la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa?			
14	¿Considera usted que la exigencia de solicitar la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa en el mismo proceso y ante el mismo Juez que la dictó influye en su ineficacia?			
15	¿Está usted de acuerdo con que se debe modificar el artículo 621 del Código Procesal Civil ampliando las materias en las cuales se puede solicitar la indemnización por medida cautelar innecesaria o maliciosa y mediante un nuevo proceso?			

**ANEXO No. 3:**

## VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO POR EXPERTO

Después de revisado el instrumento a utilizar en la investigación titulada “**LA MEDIDA CAUTELAR INNECESARIA O MALICIOSA**” elaborada por **Luis Alberto Mera Casas**, mi calificación es la siguiente:

No.	PREGUNTA	50	60	70	80	90	100
1	¿En qué porcentaje se logrará contrastar la hipótesis con este instrumento?				X		
2	¿En qué porcentaje considera que las preguntas están referidas a las variables, e indicadores de la investigación?					X	
3	¿Qué porcentaje de las interrogantes planteadas son suficientes para lograr el objetivo general de la investigación?				X		
4	¿En qué porcentaje, las preguntas son de fácil comprensión?					X	
5	¿Qué porcentaje de preguntas siguen una secuencia lógica?					X	
6	¿En qué porcentaje se obtendrán datos similares con esta prueba aplicándolo en otras muestras?					X	

Fecha: 01 de diciembre de 2017

Validado favorablemente por:

**DR. EFRAIN JAIME GUARDIA HUAMANI**

Docente de la Universidad Nacional Federico Villarreal- Lima – Perú.

**ANEXO No. 4:**

## CONFIABILIDAD DEL INSTRUMENTO DETERMINADA POR EXPERTO

Se ha determinado la confiabilidad del instrumento que se utilizará en este trabajo titulado **“LA MEDIDA CAUTELAR INNECESARIA O MALICIOSA”** elaborada por **Luis Alberto Mera Casas** por cuanto es factible de reproducción por otros investigadores o la aplicación a otras entidades similares.

Es decir los resultados obtenidos con el instrumento en una determinada ocasión, bajo ciertas condiciones, serán similares si se volviera a medir el mismo rasgo en condiciones idénticas. Este aspecto de la razonable exactitud con que el instrumento mide lo que se ha pretendido medir es lo que se denomina la confiabilidad del instrumento.

En este sentido, el término confiabilidad del instrumento es equivalente a los de estabilidad y predictibilidad de los resultados que se lograrán. Esta es la acepción generalmente aceptada por los investigadores, lo cual es posible de lograr en este trabajo de investigación.

Otra manera de aproximarse a la confiabilidad del instrumento es preguntarse: ¿Hasta dónde los resultados obtenidos con el instrumento constituyen la medida verdadera de las variables que se pretenden medir? Esta acepción del término confiabilidad del instrumento es sinónimo de seguridad; la misma que es factible de lograr con el instrumento a utilizar en este trabajo de investigación.

Existe una tercera posibilidad de enfocar la confiabilidad de un instrumento; ella responde a la siguiente cuestión: ¿cuánto error está implícito en la medición de un instrumento? Se entiende que un instrumento es menos confiable en la medida que hay un mayor margen de error implícito en la medición. De acuerdo con esto, la confiabilidad puede ser definida como la ausencia relativa de error de medición en el instrumento; es decir, en este contexto, el término confiabilidad es sinónimo de precisión. En este trabajo se ha establecido un margen de error del 5% que es un porcentaje generalmente aceptado por los investigadores; lo que le da un nivel razonable de precisión al instrumento.

La confiabilidad del instrumento también puede ser enfocada como el grado de homogeneidad de los ítems del instrumento en relación con las variables. Es lo que se denomina la confiabilidad de consistencia interna u homogeneidad. En este trabajo de tiene un alto grado de homogeneidad.

Determinada la confiabilidad del instrumento por:

**DR. EFRAIN JAIME GUARDIA HUAMANI**

Docente de la Universidad Nacional Federico Villarreal- Lima – Perú.

01 de marzo de 2018

