

EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE CONTRACAUTELA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO

Enrique Palacios Pareja¹
César Carlín Ronquillo²

Sumario: *I. Introducción. II. Presupuestos básicos para ejecutar la contracautela siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 621 del Código Procesal Civil. A. Existencia del daño. B. Contar con una resolución judicial firme que declare la existencia de daño y la obligación de indemnizar. C. Que la pretensión asegurada con medida cautelar haya sido declarada infundada. III. La solicitud de indemnización: sus elementos y naturaleza. IV. Análisis de constitucionalidad del procedimiento de ejecución de contracautela. A. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y sus manifestaciones a la defensa y a la prueba. B. ¿El procedimiento previsto en el artículo 621 del Código Procesal Civil satisface el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en sus manifestaciones a la defensa y a la prueba? V. La importancia del rol del juez como director del proceso en el procedimiento de ejecución de contracautela. VI. Una cuestión adicional: ¿procede el recurso de casación en el marco del procedimiento regulado en el artículo 621 del Código Procesal Civil? VII. Conclusiones.*

Sumilla: *La contracautela en un mecanismo procesal que tiene como propósito lograr la reparación de los daños sufridos por una indebida medida cautelar dentro del mismo proceso. En el siguiente artículo, los autores explican la naturaleza de la institución, la naturaleza de la solicitud indemnizatoria y las razones por la que la regulación resulta siendo inconstitucional, en cuanto fija un plazo irrazonable para el ejercicio del derecho de contradicción por parte de quien fue titular de la medida cautelar.*

Del mismo modo, se analiza la actividad que debería desarrollar en juez en ejercicio de su rol de director del proceso para permitir el desarrollo de actividad probatoria de las partes.

Se desarrolla la actividad recursiva en el procedimiento, tanto a través de la apelación como del recurso de casación.

Los temas se abordan desde una perspectiva procesal y constitucional, con una mirada teórica y práctica de gran interés.

I. INTRODUCCIÓN

¹ Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Benites, Forno & Ugaz Abogados.

² Abogado. Asociado de Benites, Forno & Ugaz Abogados.

La ejecución de la contracautela es un asunto de la mayor importancia en el proceso civil. Y es que siendo la contracautela la garantía para asegurar la reparación de los eventuales daños que pueda causar la actuación³ de una medida cautelar, la ejecución de la misma resulta vital para indemnizar a la parte que tuvo que soportar, injusta e injustificadamente, los efectos de una o más medidas dictadas para cautelar una pretensión infundada⁴, esto es, para asegurar un derecho declarado inexistente.

Nuestro Código Procesal Civil regula un procedimiento incidente especial para la ejecución de la contracautela⁵, estableciendo que esta podrá ser realizada a pedido de parte y previo traslado por tres días⁶, en el mismo cuaderno en el que se dictó la medida cautelar que dañó la esfera jurídica de la parte demandada o reconvenida. Se trata de un mecanismo expeditivo cuyo propósito es lograr la pronta reparación, en el mismo proceso, de los daños sufridos por la parte afectada con la medida cautelar, liberándola así de la exigencia de iniciar un nuevo proceso de indemnización.

Nos encontramos ante una regulación sumamente escueta que solo prevé un traslado de tres días para responder a una petición de daños de cualquier naturaleza y cuantía cuya determinación, además, habilitará la ejecución de la contracautela. El procedimiento, tal como está regulado, arroja dudas sobre su validez constitucional, además de incertidumbre, impredecibilidad y problemas prácticos en relación a las posibilidades de alegación, defensa e impugnación. Ante la situación descrita y la importancia de ejecución de la contracautela, consideramos necesario detenernos a analizar: (i) sus presupuestos y naturaleza; (ii) su validez constitucional; (iii) la importancia del rol del juez como director del proceso para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

II. PRESUPUESTOS BÁSICOS PARA EJECUTAR LA CONTRACAUTELA SIGUIENDO EL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 621 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

³ MONROY PALACIOS, Juan José. "Conversión de la medida cautelar en la fase de actuación de la sentencia". En: Revista de Derecho Procesal 9. 2006. p. 249. Ver nota 19.

⁴ Somos de la opinión de que el procedimiento de ejecución de la contracautela no resulta aplicable a aquellos casos en los que la pretensión asegurada con la medida cautelar sea declarada improcedente, pues ello supondría infringir lo dispuesto en los artículo 139 numeral 9 de la Constitución Política y IV del Título Preliminar del Código Civil, como se verá en el punto II.

⁵ Artículo 613.- Contracautela y discrecionalidad del juez.

En caso de ejecución de la contracautela, esta se actúa, a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; en que resuelve lo conveniente previo traslado a la otra parte. (...).

⁶ Artículo 621.- Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa

Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el título 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 multas es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo.

A. Existencia del daño

Conforme a lo establecido en el artículo 613 del Código Procesal Civil, “la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución”. La contracautela, entonces, se ejecutará solo si la actuación de una o más medidas cautelares generó daño a la parte que tuvo que soportar sus efectos durante el proceso. Siendo ello así, puede afirmarse válidamente que la ejecución de la contracautela está condicionada a la existencia de daño.

B. Contar con una resolución judicial firme que declare la existencia de daño y la obligación de indemnizar

Como vimos en el párrafo precedente, la contracautela sirve para asegurar la reparación de los daños generados por la actuación de la medida cautelar, siendo por tanto necesaria la existencia de daños para ejecutar la contracautela. Sin embargo, la sola invocación de daños no resulta suficiente para que el órgano jurisdiccional ejecute la contracautela, pues según el artículo 196⁷ del Código Procesal Civil, toda afirmación sobre hechos debe ser probada por quien la formula⁸. Pero no solo esto: dado que la reparación de los daños generados por la actuación de la medida cautelar tiene naturaleza indemnizatoria, debe verificarse también la existencia de una obligación de indemnizar a cargo de la parte que solicitó la medida cautelar, para lo cual debe acreditarse la concurrencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil con las particularidades que mencionaremos con el III.

¿De dónde se desprende la exigencia de contar con una resolución judicial firme que declare la existencia de daños y la obligación de indemnizar? Del artículo 621 del Código Procesal Civil, el cual regula un procedimiento incidental para tal efecto y en los siguientes términos⁹:

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.**

⁷ Artículo 196.- Carga de la prueba

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

⁸ Ello sin perjuicio de los supuestos de inversión de carga de la prueba; y de las cargas probatorias dinámicas que vienen siendo indebidamente aplicadas por la judicatura. Sobre el particular, véase (i) la Casación 445-2011-Arequipa; y, (ii) PALACIOS PAREJA, Enrique. “Reglas claras, pero sobre todo previas”. En: Diario Oficial El Peruano I. 2015.

⁹ Lo afirmado no significa negar que la parte afectada pueda, alternativamente, optar por solicitar el reconocimiento de los daños en un proceso cognitivo autónomo, pues no existe disposición ni razón alguna que lo impida.

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.** (El énfasis es nuestro).

La lectura de la norma citada revela que, para ejecutar la contracautela, es necesario contar con: (i) una resolución judicial que declare la existencia de daños y la obligación de indemnizar de la parte que solicitó y ejecutó la medida cautelar; (ii) que la referida resolución judicial adquiera firmeza. Este último requisito se infiere del efecto suspensivo con el que debe concederse cualquier recurso de apelación interpuesto contra la resolución judicial que fije la indemnización, el cual, como es obvio¹⁰ hasta el momento en que sea confirmada por los órganos superiores; así “sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes: 1. Las resoluciones judiciales firmes”.

C. Que la pretensión asegurada con medida cautelar haya sido declarada infundada

El artículo 621 del Código Procesal Civil establece, como presupuesto para iniciar el procedimiento incidental de ejecución de contracautela en los términos allí establecidos (previa solicitud de parte de que se fije una indemnización), que se haya declarado infundada la demanda. Ante ello, surge la siguiente duda: ¿cabría aplicar el procedimiento establecido en dicha norma cuando se haya declarado improcedente la demanda? Podría sostenerse que sí, afirmando que la finalidad del procedimiento establecido en el artículo 621 del Código Procesal Civil es lograr una pronta reparación para la parte que resultó dañada con la actuación de una medida cautelar, que fue dictada para asegurar la eficacia de una pretensión que no prosperó dentro del proceso y que, al no haber sido estimada, independientemente de cómo y por qué, la medida cautelar habría sido entonces indebidamente concedida y actuada, por lo que no habría razón para privar a la parte afectada del procedimiento expeditivo que regula el artículo 621 para lograr el resarcimiento de los daños sufridos.

No obstante ello, somos de la opinión que el artículo 621 del Código Procesal Civil solo es aplicable ante la existencia de un pronunciamiento de fondo que desestime la pretensión principal. Y es que, aun cuando puedan existir supuestos de improcedencia en los que se afecte la pretensión sin un pronunciamiento de mérito (por ejemplo, caducidad, declaración de abandono del proceso por segunda vez, entre otros) que revelen una situación de semejanza esencial con una pretensión infundada que haga parecer viable la

¹⁰ Artículo 368.- Efectos

El recurso de apelación se concede:

Con efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución recurrida queda suspendida hasta la notificación de la que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior. (...).

aplicación analógica del artículo 621, nuestro ordenamiento proscribe la aplicación extensiva o analógica en este caso.

En efecto, los artículo 139 numeral 9 de la Constitución y IV del Título Preliminar del Código Civil, señalan, respectivamente: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos” y “la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”. Estas prohibiciones son aplicables porque el procedimiento establecido en el artículo 621 del Código Procesal Civil es uno que limita el derecho de defensa de la parte afectada con la actuación indebida de una medida cautelar. Consideramos que el derecho de defensa se ve limitado toda vez que se establece un tratamiento incidental y un plazo menor al regulado en las vías procedimentales ordinarias para ejercer el derecho de contradicción.

Así, mientras en los procesos de conocimiento, abreviados y sumarísimos, la parte demandada cuenta con plazos de treinta, diez y cinco días para contestar la demanda de indemnización, en el procedimiento de ejecución de contracautela la parte emplazada cuenta únicamente con una plazo de tres días para ejercer su derecho de contradicción. Al margen de que alguien pueda considerar justificada tal limitación en razón de las circunstancias en las que se encuentra el sujeto afectado con la actuación de una medida cautelar, la reducción de los plazos ordinarios para ejercer el derecho de contradicción es objetiva, lo que constituye una limitación del derecho a la defensa. Ello es razón suficiente para descartar la aplicación del artículo 621 del Código Procesal Civil a supuestos no expresamente previsto en él.

III. LA SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN: SUS ELEMENTOS Y NATURALEZA

Como hemos visto hasta ahora, el procedimiento de ejecución de contracautela se activa a pedido de parte ante el juez de la demanda, conforme a los artículo 613 y 621 del Código Procesal Civil. Ello no podría ser de otra manera, pues nuestro proceso civil está regido por el principio dispositivo. Pero, ¿en qué consiste tal solicitud? En que se condene a la parte que fue titular de la medida cautelar al pago de una indemnización por daños y perjuicios derivados de la actuación de la medida; y, desde luego, en que se ejecute la contracautela para satisfacer la indemnización que se solicita.

Consideramos que la naturaleza de la solicitud a la que se refieren los artículos 613 y 621 del Código Procesal Civil es la de una auténtica demanda, que contiene una pretensión indemnizatoria.

Si:

(...) por demanda se entiende toda petición formulada por las partes al juez en cuanto traduce una expresión de voluntad encaminada a obtener la satisfacción de un interés. Desde este punto de vista ninguna distinción cabe hacer entre la petición del actor que ejercita una acción o la del demandado que opone una defensa, porque en ambos casos se reclama la protección del órgano

jurisdiccional fundada en una disposición de la ley. b) Dentro del concepto procesal estricto, la palabra demanda se reserva para designar con ella el acto inicial de la relación procesal, ya se trate de un juicio ordinario o de un juicio especial, es decir, la primera petición que resume las pretensiones del actor. Puede definírsela entonces como el acto procesal por el cual el actor ejercita una acción solicitando del tribunal la protección, la declaración o la constitución de una situación jurídica 8...) c) Pero, dentro del mismo proceso, pueden surgir cuestiones vinculadas a la que se ventila en carácter principal y las cuales toman el nombre de incidentes. De ahí una distinción entre demanda principal introductiva de instancia y demanda incidental, cuya importancia no es solo teórica, sino también práctica (...).¹¹

No existe razón para negarle tal condición a la solicitud que activa el procedimiento de ejecución de contracautela, pues aquella tiene por objeto satisfacer una pretensión indemnizatoria.

Toda pretensión tiene un *petitum* y una *causa petendi*. En este caso, el pedido es una indemnización por daños y perjuicios, y la causa de pedir está integrada por los elementos constitutivos de la responsabilidad civil que, en este caso específico, merece un tratamiento especial.

Aun cuando escaparía a los alcances de este trabajo abordar a profundidad acerca de cada uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil en la indemnización por indebida actuación de una medida cautelar, consideramos conveniente dejar anotados algunos aspectos relevantes, en tanto influyen en el tema de prueba de la indemnización.

No existe consenso sobre el tipo de régimen de responsabilidad civil que rige la evaluación de los daños producidos por la indebida actuación de una medida cautelar. Existen sendas posturas sobre el particular: (i) hay quienes afirman que se trata de un régimen de responsabilidad subjetiva¹²; (ii) quienes proponen la responsabilidad objetiva¹³; (iii) finalmente, aquellos que sostienen la coexistencia de los regímenes subjetivo y objetivo, afirmando que la aplicación de cada uno de ellos dependerá de cada caso concreto¹⁴.

La discusión no es fútil. Por el contrario, es altamente relevante, pues sus efectos prácticos en el proceso son directos. Y es que el tema de prueba variará según la postura que se adopte. Si se reconoce la aplicación del

¹¹ ALSINA, Hugo. "Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Buenos Aires: Ediar. 1961. pp.23 y 24.

¹² MENDOZA DEL VALLE, Alessandra. "Medidas cautelares trabadas indebidamente: una ojeada a la doctrina y a la legislación". 2011. En: <http://enfoquederecho.com/medidas-cautelares-trabadas-indebidamente-una-ojeada-a-la-doctrina-y-la-legislacion/>.

¹³ ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger E. "La argumentación jurídica y la interpretación del artículo 621 del CPC. En: <http://docs.google.com/file/d/0B00xOHfDHAVNb0dzclkyS2gtSWs/edit>.

¹⁴ CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. "La responsabilidad civil del solicitante de una medida cautelar sobre la situación jurídica del afectado en el contexto del proceso civil peruano". Tesis para optar por el título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2012. Véase también CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. "¿El que gana, pierde?". En: <http://www.ius360.com/privado/civil/el-que-gana-pierde-primera-parte/>; y <http://www.ius360.com/privado/civil/el-que-gana-pierde-segunda-parte/>.

régimen subjetivo, será necesario que se considere acreditada la existencia de dolo o culpa¹⁵ para poder obtener una indemnización generada por los daños producidos por la indebida actuación de una medida cautelar.

Como señala el profesor Fernando de Trazegnies, “No cabe duda que en este primer artículo [se refiere al artículo 1969 del Código Civil] el legislador se coloca en una posición subjetivista, atribuyendo responsabilidad y, por consiguiente, obligando al pago de una indemnización – solamente a quien se ‘culpable’ por dolo o culpa”¹⁶.

En cambio, la situación es sustantivamente distinta en caso se opte por una postura objetiva. En el caso de la responsabilidad objetiva, la indemnización debe ser otorgada con prescindencia de la evaluación del dolo o la culpa con la que pudiera haber actuado la parte demandada (en indemnización), es decir, sin necesidad de que se verifique en el proceso la existencia de un factor de atribución.

¹⁵ El tratamiento de la carga de la prueba para estos efectos dependerá, a su vez, de la postura que se adopte sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad por la indebida actuación de una medida cautelar. Aunque no es materia de este trabajo definir la naturaleza de este tipo de responsabilidad, consideramos que se trata de una responsabilidad de naturaleza extracontractual. Reservamos la explicación de las razones que justifican nuestra postura para un trabajo posterior.

Sobre la base de asumir que nos encontramos frente a una responsabilidad de naturaleza extracontractual, resulta necesario detenerse a analizar la regla sobre la carga de la prueba contenida en el artículo 1969 del Código Civil, el cual señala que “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su actor”. La norma bajo comentario invierte la carga de la prueba sobre el factor de atribución de responsabilidad, de modo que la parte solicitante no tendrá la carga de probar la concurrencia dolo o culpa sino que, más bien, la parte demandada tendrá la carga de acreditar la inexistencia del factor de atribución imputado, lo que sin duda, tendría que hacer aportando y acreditando hechos positivos, pues los negativos, en principio, no pueden probarse de manera directa.

Hemos considerado necesario detenernos a analizar esta norma con el ánimo de dejar sentado que no existe incongruencia alguna en (i) asumir que la responsabilidad generada por la indebida actuación de una medida cautelar es de naturaleza extracontractual; y, (ii) afirmar que una de las consecuencias de adoptar un régimen de responsabilidad subjetiva para obtener una indemnización por indebida actuación de una medida cautelar es que se tenga por acreditada en el proceso la existencia de un factor atribuido de dolo o culpa.

Alguien podría afirmar que existiría incongruencia porque, dada la inversión de la carga de la prueba sobre el factor atributivo de la responsabilidad, no sería verdad que daba acreditarse en el proceso la existencia de tal factor, pues la parte solicitante está eximida de hacerlo. Consideramos que tal objeción sería infundada porque desconocería los verdaderos efectos de la inversión de la carga de la prueba en este caso. Y es que efecto de la inversión de la carga de la prueba consiste en que, en caso la parte demandada (por indemnización) no acredite la inexistencia de dolo o culpa, no es que no tenga que acreditarse el factor de atribución, sino más bien que puede considerarse acreditado por efecto de la inversión de la carga de la prueba ante la falta de descargo del demandado. Siendo ello así, más allá de a quien correspondiera la carga de la prueba, el factor de atribución tendrá que estar siempre presente para poder otorgarse una indemnización en un régimen de responsabilidad subjetivo.

¹⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La responsabilidad extracontractual”. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 123.

Sobre el particular, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, al analizar los artículos 1969 y 1970 del Código Civil que regulan de manera general la responsabilidad extracontractual subjetiva y objetiva, ha señalado que:

Si bien tanto el artículo 1969 como el artículo 1970 se refieren a la responsabilidad extracontractual, es decir, aquella que resulte exigible por daños y perjuicios, sin nexo contractual, ambos dispositivos legales prevén situaciones completamente diferentes, pues mientras la primera de las citadas se refiere a una responsabilidad subjetiva, que implica dolo o culpa del responsable, la segunda legisla una responsabilidad objetiva que hacer por sí responsable (...) es decir, esta última, a diferencia de la subjetiva, entiende la responsabilidad independiente de la culpa o dolo en que pudiera haber incurrido el agente responsable del resarcimiento de los daños y perjuicios.¹⁷

Aunque hemos dicho, la determinación del tipo de responsabilidad por la indebida actuación de medidas cautelares escapa a los alcances de este trabajo, dejamos sentado que nos inclinamos por la adopción de régimen objetivo pues, entre otras razones cuya explicación y fundamentación reservamos para una trabajo posterior, consideramos injusto e inequitativo que la parte afectada por la indebida actuación de una medida cautelar quede desprotegida. Al respecto, resulta de la mayor pertinencia recordar lo expuesto por Fernando de Trazegnies quien, al comentar el régimen de responsabilidad subjetiva, ha señalado que:

(...) esto significa, cuando menos (...) la víctima que se encuentra frente a un causante que le demuestra que no tiene dolo ni culpa, está desamparada y no recibe indemnización (...) aunque ella misma (la víctima) tampoco haya tenido dolo ni culpa. En el fondo, en tal caso se considera que sus daños son resultados del azar; y el azar (...) sigue siendo en nuestro Código un hecho inmanejable de la naturaleza que tiene que ser soportado única y exclusivamente, con todo el peso de la adversidad, por quien tuvo la mala suerte de sufrirlo.¹⁸

Siendo consecuente con la postura adoptada, somos de la opinión que, para otorgarse una medida cautelar en el procedimiento previsto en el artículo 621 del Código Procesal Civil, debe acreditarse el daño y relación de causalidad, mas no el factor de atribución.

IV. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE CONTRACAUTELA

El procedimiento previsto en el artículo 621 del Código Procesal Civil consiste en la presentación de una solicitud [entiéndase demanda] de indemnización que debe ser resuelta por el juez previo traslado a la contraparte por el plazo de tres días. El procedimiento es sumamente expeditivo y la regulación es escueta. Surgen dudas sobre su constitucionalidad y aplicación. ¿Son suficientes tres días para absolver cualquier pretensión de indemnización? ¿Es correcto que el juez resuelva inmediatamente después de absuelto el traslado?

¹⁷ Criterio expuesto al resolver la Casación 2253-2003 Lima. 2004.

¹⁸ DE TRAZZENIES GRANDA, Fernando. Op. cit. p. 123.

¿Esta fórmula satisface el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante y del demandado? A continuación absolveremos estas interrogantes.

A. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y sus manifestaciones a la defensa y a la prueba

El artículo 139 numeral 3¹⁹ de la Constitución reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Pero, ¿qué es la tutela jurisdiccional? En nuestro ordenamiento jurídico, se trata de un principio-derecho que garantiza, entre otros, que:

(...) cuando una persona pretenda la defensa de sus derecho o de sus intereses legítimos, (...) deba ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Como tal, constituye un derecho, por decirlo de algún modo, 'genérico' que se descompone en un conjunto de derechos específicos (...) entre otros, el derecho de acceso al ajusticia y el debido proceso, siendo que jurisprudencialmente se han desarrollado en cada caso particular derechos relacionados en forma directa a estos. (...) su contenido no se agota en garantizar el derecho al proceso, entendido como la facultad de excitar la actividad jurisdiccional del Estado y de gozar de determinadas garantías procesales en el transcurso de él, sino también garantizar que el proceso iniciado se desarrolle como un procedimiento de tutela idóneo para asegurar la plena satisfacción de los intereses accionados.²⁰

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es, entonces, un derecho complejo cuyo contenido, por tanto, es necesario detenerse a analizar. Según el profesor Giovanni Priori, el derecho a la tutela jurisdiccional es un derecho de contenido complejo en la medida que está conformado por una serie de derechos que determinan su contenido. Esta serie de derechos sería como sigue: derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales, derecho a un proceso con las garantías mínimas, derecho a una resolución fundada en derecho y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales²¹.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende, entre otros, el derecho a contar con un proceso que ofrezca garantías mínimas. Eso significa que, en nuestro ordenamiento, se considera que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende el derecho al debido proceso, pues aquel es el que, en su dimensión procesal, ofrece y asegura la vigencia de garantías mínimas que todo proceso debe suponer. Pues bien, ¿cuáles son esas garantías mínimas que resguarda el derecho al debido proceso como elemento integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva?

¹⁹ Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. (...)

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida con ocasión del expediente 00005-2006-A. Fundamentos Jurídicos 23 y 24.

²¹ PRIORI POSADA, Giovanni. "La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesidad reivindicación de los fines del proceso". En: *Ius et veritas* 26. p. 289.

Entre otros, “este derecho a un proceso en el que se respeten las mínimas garantías debe principalmente respetar el derecho a un juez natural, el derecho a un proceso sin dilataciones indebidas, el derecho a la asistencia de letrado y el derecho de defensa”²². Para efectos del análisis de constitucionalidad, solo nos detendremos a analizar el derecho a la defensa, pues los derechos al juez natural, a un proceso sin dilataciones indebidas y a la asistencia de letrado, en principio, no parecen verse limitados ni comprometidos en el procedimiento regulado en el artículo 621 del Código Procesal Civil.

El derecho a la defensa ha sido reconocido en el artículo 139 numeral 14 de la Constitución en los siguientes términos: “son principios y derechos de la función jurisdiccional; (...) el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”. El derecho de defensa garantiza que, en el marco de todo proceso o procedimiento, las partes puedan alegar y probar de la manera que más convenga a sus intereses, es decir, para defender sus intereses legítimos.

El Tribunal Constitucional Peruano ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la defensa, a saber:

El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de la contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.²³

El derecho de defensa establece una prohibición de estado de indefensión de la persona frente a un proceso o procedimiento que afecte un derecho o interés del mismo. Este derecho no se satisface con el mero y aparente cumplimiento de una ritualidad de notificar a la persona sobre la existencia de un proceso, sino con el desarrollo de todas las diligencias idóneas a efectos de una comunicación válida y oportuna sobre la existencia del proceso. De lo contrario, este derecho fundamental se convertiría en la garantía de una mera formalidad procedimental que la vaciaría de su real contenido, lectura contraria a la naturaleza de los derechos fundamentales en cuanto mandatos de optimización.²⁴

La Constitución, en su artículo 139 numeral 14, reconoce el derecho a la defensa; en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.) no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso (...) cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos (...)

²² Ídem. p. 290.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 5085-2006-AA. Fundamento jurídico 5.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida con ocasión del expediente 2728-2007-AA. Fundamento jurídico 7.

de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.²⁵

El derecho de defensa garantiza, entonces, que las partes no se vean impedidas de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos. Para ello, qué duda cabe, deben conferirse plazos razonables que permitan preparar una defensa adecuada, aspecto que cobra particular relevancia, aunque no exclusivamente, para que la parte demandada pueda ejercer su derecho de contradicción ante el traslado de una demanda; y debe garantizarse también la posibilidad de probar los hechos que sustenten la postura de las partes.

Siendo ello así, somos de la opinión que el derecho a la prueba deriva del derecho a la defensa. Por ello, debemos analizar también su contenido para evaluar la constitucionalidad del procedimiento establecido en el artículo 621 del Código Procesal Civil. Veamos. Aun cuando este derecho no ha sido expresamente recogido en nuestra Constitución, está contenido implícitamente en el artículo 139 numeral 3 que reconoce los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso. Este derecho garantiza que (i) se puedan ofrecer medios probatorios; (ii) que estos sean admitidos²⁶; (iii) que sean actuados; y, (iv) que estos sean debidamente valorados y a que esta valoración sea motivada. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional tiene establecido lo siguiente en reiterada jurisprudencia:

Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o defensa. Según este derechos, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa (...) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que éstos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.²⁷

B. ¿El procedimiento previsto en el artículo 621 del Código Procesal Civil satisface el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en sus manifestaciones a la defensa y a la prueba?

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 6648-2006-HC. Fundamento jurídico 4.

²⁶ Pero siempre y cuando sean pertinentes, idóneos, útiles, lícitos, y hayan sido ofrecidos cumpliendo con las formalidades y plazos establecidos en la ley. Y es que, aunque el derecho a la prueba es un derecho de naturaleza fundamental, es un derecho de configuración legal.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 06712-2005-HC. Fundamento jurídico 15.

Dado que el procedimiento consiste únicamente en la presentación de una solicitud (demanda) de indemnización por daños y perjuicios de cualquier cuantía que será resuelta por el juez luego de que el demandado absuelva el traslado de la misma en el plazo de tres días, consideramos que, en lo que toca al plazo establecido, no se satisface el derecho a la defensa en su manifestación al ejercicio de los medios necesarios y suficientes para proteger los derechos del justiciable. Y es que el plazo que otorga la ley para contradecir la pretensión indemnizatoria es manifiestamente insuficiente para poder elaborar adecuadamente una defensa. Aunque, a nuestro juicio, nos encontramos ante una indemnización por responsabilidad objetiva, siempre tendrá que probarse el daño y el nexo causal, lo que, ciertamente y como en cualquier otro proceso, puede resultar altamente complejo. No existe, entonces, razón justificada para establecer un plazo tan reducido para absolver cualquier pretensión indemnizatoria independientemente de su naturaleza y complejidad.

El plazo deviene en insuficiente porque permite tramitar cualquier pretensión indemnizatoria, independientemente de su cuantía y complejidad, vía traslado incidental por tres días. Es decir, se permite que una pretensión indemnizatoria altamente compleja y millonaria que debería ser evaluada en un proceso de conocimiento, sea conocida en vía incidental con un plazo de contradicción de tan solo tres días en lugar de treinta o un plazo intermedio.

Nótese que el plazo previsto es inferior al de cinco días establecido para el proceso sumarísimo en el que se pueden tramitar indemnizaciones cuya cuantía no alcance las cien unidades de referencia procesal²⁸ y no revista mayor complejidad; y, sobre todo, inferior al plazo de cinco días que el Código Procesal Constitucional²⁹ establece para absolver el traslado de una demanda de amparo, el cual ni siquiera cuenta con estancia probatoria y es un proceso urgente de tutela de derechos fundamentales.

Podría afirmarse que la limitación del derecho a la defensa sería justificada porque ningún derecho es ilimitado y existen razones legítimas para conferir un procedimiento especial (célere) para resarcir rápidamente a quien se vio injusta e innecesariamente afectado con una medida cautelar, que aseguró una pretensión que fue desestimada. Sin embargo, consideramos que una objeción de tal naturaleza sería infundada, pues aunque sea cierto que los derechos admiten limitaciones, estas no pueden ser desproporcionadas al punto tal de volverlos ilusorios o privarlos de total eficacia vulnerando su contenido constitucional protegido. Ni siquiera el proceso de amparo, que es un de tutela urgente de derechos fundamentales, establece un plazo tan reducido. Y es que el ánimo de proveer un pronunciamiento célere no puede reducir el derecho al

²⁸ El valor de la unidad de referencia procesal para el año 2015 es de S/. 385 conforme al Considerando Séptimo de la Resolución Administrativa 077-2015-CE-PJ del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

²⁹ Artículo 53.- Trámite

En la resolución que admite la demanda, el Juez concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste. Dentro de cinco días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el Juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización.

a defensa a su mínima expresión, porque ello supone eliminar las garantías mínimas que todo proceso judicial debe dispensar a los justiciables.

Por ello, consideramos que el plazo previsto en el artículo 621 del Código Procesal Civil es inconstitucional por vulnerar el derecho a la defensa en su manifestación al ejercicio de medios necesarios y suficientes para resguardar intereses legítimos.

No obstante ello, nuestra opinión es distinta en lo que toca al derecho a la defensa en su manifestación al derecho a probar. Y es que, si bien el artículo 621 del Código Procesal Civil establece que el juez resolverá previo traslado por tres días, no debe perderse de vista que el artículo 613 establece que el juez resolverá “lo conveniente”. Por lo tanto, luego de absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, el juez no necesariamente deberá pronunciarse sobre el fondo de la pretensión indemnizatoria planteada sino que, conforme a una lectura constitucional de los artículos 613 y 621 del Código Procesal Civil, deberá ordenar, conforme a sus facultades de dirección, los actos necesarios a fin de garantizar el derecho fundamental a la prueba, de manera que las pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes puedan ser debidamente actuadas conforme lo exige el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba. Ello revela la especial importancia del rol de director que tiene el juez en el proceso, conforme veremos en el punto siguiente.

V. LA IMPORTANCIA DEL ROL DEL JUEZ COMO DIRECTOR DEL PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE CONTRACAUTELA

Hemos afirmado que el procedimiento de ejecución de contracautela regulado en el artículo 621 del Código Procesal Civil lesiona el derecho de defensa en su manifestación al ejercicio de los medios de defensa necesarios, suficientes y eficaces; y que una lectura constitucional de los artículos 613 y 621 del Código Procesal Civil obligan al juez a adoptar una conducta respetuosa del derecho a la prueba, de modo que su contenido sea respetado aunque el procedimiento no prevea expresamente una Audiencia de Pruebas para actuar los medios probatorios ofrecidos y admitidos.

Ante un procedimiento escueto como el regulado en el artículo 621 del Código Procesal Civil, resulta de la mayor importancia la aplicación del principio de dirección del proceso previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil, según el cual “la dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código”; así como lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar de la misma norma, el cual establece que, 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 a que su finalidad abstracta es lograr la paz social e justicia. En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.

Dado que el procedimiento en mención es, además de inconstitucional, escueto (y, por tanto, tiene muchos vacíos en cuanto a la forma en la que se debe proceder), es fundamental que el juez corrija la inconstitucionalidad del procedimiento y lo dirija de manera tal que se respeten los derechos fundamentales de las partes. Ello no solo por la naturaleza fundamental y vinculante de los derechos fundamentales a la defensa y a la prueba, sino también porque, de acuerdo a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 34 de la Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial, “son deberes de los jueces; 1. Impartir justicia con independencia, prontitud, imparcialidad, razonabilidad y respeto al debido proceso; 2. No dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley”, deberes cuya inobservancia está sancionada con destitución³⁰.

El juez ya no es más “la boca de la ley” y, por ello, debe dirigir el proceso adecuadamente. En ese sentido, somos de la opinión que el juez se encuentra en la obligación de corregir el error en el que ha incurrido el legislador al establecer un plazo de tres días para absolver el traslado del pedido de indemnización previsto en el artículo 621 del Código Procesal Civil, debiendo establecer un plazo adecuado para que la parte demandada ejerza su derecho de contradicción. Ello en aplicación de las normas y derechos descritos y, adicionalmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, según el cual “las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. Las formalidades previstas en esta Código son imperativas. Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso”.

Sobre el particular, en sede nacional se ha afirmado que:

(...) es el Juez el especialmente llamado para poder lograr la efectiva protección de los derechos procesales de las partes. Es el único capaz de poder confrontar la previsión legal con los derechos garantizados por la Constitución, determinando sus verdaderos alcances. El procedimiento legalmente establecido no encuentra su situación más dramática en los casos en los que una de sus previsiones lesiona un derecho fundamental procesal sino es dos situaciones concretas que desafían fuertemente todo el sistema procesal diseñado sobre la base de considerar que el legislador prevé todos los procesos: (i) cuando el diseño del legislador no es adecuado para la efectiva protección de un derecho y (ii) cuando el legislador no ha regulado un proceso para la tutela de un derecho (...) En estos casos es una exigencia que proviene de la Constitución el hecho que el Juez deba

³⁰ Artículo 48.- Faltas muy graves.

Son faltas muy graves:

(...)

13. No motivar las resoluciones judiciales o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales.

Artículo 51.- Proporcionalidad entre tipos de faltas y sanciones

Las sanciones previstas en el artículo anterior se impondrán según los siguientes lineamientos:

(...)

3. las faltas muy graves se sancionan con suspensión, con una duración mínima de cuatro (4) meses y una duración máxima de seis (6) meses, o con destitución. (...).

adaptar el proceso a las necesidades de tutela del derecho. En este caso, el rol del establecimiento del proceso por parte del legislador es necesario que sea corregido por el Juez. Esta es una consecuencia necesaria de considerar a la Constitución como fuente de derechos y normas. No aceptar esta posibilidad supondría eliminar la eficacia de muchos derechos (constitucionales o no) a un error le legislador imposible de ser corregido por el Juez, además, restarle al Juez el rol que tiene como protector de los derechos de las partes.³¹

El juez, entonces, debe corregir el error del legislador concediendo un plazo distinto y mayor al de tres días previsto en el artículo 621 del Código Procesal Civil, pues solo así se satisfarán los derechos fundamentales de las partes en el proceso. El plazo a conceder deberá ser razonable y dependerá de la naturaleza y complejidad del petitorio y la causa de pedir de la pretensión indemnizatoria.

Asimismo, el juzgado deberá admitir y actuar todo medio probatorio que cumpla con los principios generales de la prueba, pues de lo contrario se vaciaría de contenido al derecho fundamental a la prueba. Y es que no existe razón alguna que justifique limitar el derecho a la prueba en este procedimiento, por más celeridad que el legislador pretende dispensarle, pues existe un conjunto de garantías mínimas que forman parte del debido proceso y que son indisponibles.

VI. UNA CUESTIÓN ADICIONAL: ¿PROCEDE EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO REGULADO EN EL ARTÍCULO 621 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL?

El artículo 621 del Código Procesal Civil no regula esta situación. En cuanto al régimen de impugnación, solo indica que procederá recurso de apelación con efecto suspensivo contra la resolución que “establece” la indemnización solicitada. Establecer significa (i) fundar, instituir; (ii) ordenar, mandar, decretar; con lo cual pareciera que, según la norma citada, es apelable con efecto suspensivo solo la resolución que ordena el pago de la indemnización, no así la que desestima la pretensión indemnizatoria, que sería apelable sin efecto suspensivo. Esta distinción no tiene ningún sentido y no existe razón que la justifique, pues si la resolución desestima la pretensión indemnizatoria, ¿qué efectos de la resolución impugnada serían los que se mantendrían? Evidentemente ninguno. Recordemos por lo demás que estaríamos ante una resolución desestimatoria que concluye el proceso.

Sobre la procedencia del recurso de casación contra la resolución superior que revisa la apelada que resuelve sobre la indemnización, siendo consecuentes con la postura adoptada en relación a la naturaleza del a solicitud de indemnización (hemos afirmado que se trata de una demanda y que, en consecuencia, el pedido contenido en ella constituye una pretensión

³¹ PRIORI POSADA, Giovanni. “El procedimiento preestablecido en la ley: la crisis de una garantía procesal y su rediseño en el Estado constitucional”. En: PRIORI POSADA, Giovanni (coordinador). “Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución”. Lima: Palestra Editores. 2013. p. 591.

indemnizatoria), consideramos que el recurso de casación sí procederá. Ello sobre la base de considerar que la resolución que resuelve la pretensión indemnizatoria es una que concluye el proceso, pues define el derecho de la parte actora a obtener o no una indemnización.

Siendo ello así concluimos que el recurso de casación procederá toda vez que nos encontremos ante autos dictados por Juzgados Especializados que sean revisados por las Salas Superiores, satisfaciendo los requisitos de admisibilidad y procedencia previstos en los artículos 387 y 388 del Código Procesal Civil.

Por lo demás, la Corte Suprema de Justicia de la República viene conociendo recursos de casación sobre estos asuntos de manera reiterada y sin objeción alguna³².

VII. CONCLUSIONES

- a) La contracautela solo se ejecuta cuando se pruebe el daño por el afectado con la medida cautelar y cuando sea declarado por resolución judicial firme.
- b) Solo se ejecuta cuando la demanda principal es declarada infundada, no cuando es declarada improcedente.
- c) La solicitud de ejecución del contracautela contiene una pretensión indemnizatoria y tiene la naturaleza de una demanda. Debe acreditarse el daño y el nexo causal. No el factor de atribución, pues se trata un régimen de responsabilidad objetiva.
- d) El procedimiento establecido en el Código Procesal Civil es inconstitucional en cuanto fija un plazo irrazonable para que el sujeto pasivo (titular de la medida cautelar indebidamente trabada) ejerza su defensa cuestionando el daño, si cuantía y el nexo causal.
- e) El juez debe fijar un plazo mayor en ejercicio de su rol de director del proceso.
- f) El juez no tiene que resolver inmediatamente absuelto (o vencido el plazo para absolver) el traslado por el sujeto pasivo. Puede, en estricto debe, permitir la actuación de pruebas para acreditar el daño y el nexo causal
- g) Es apelable con efecto suspensivo la resolución del juez, tanto si concede la pretensión indemnizatoria como si la deniega.
- h) La resolución superior que, en revisión, resuelve dicha pretensión indemnizatoria, es pasible de recurso de casación.

³² Casación 3222-99-Cusco del 22 de abril de 2010, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República; y Casación 882-2008-Callao, del 7 de agosto de 2008, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la misma Corte; entre otras.