

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR MEDIDAS CAUTELARES

## REFLEXIONES SOBRE EL ARTÍCULO 621 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO Y SU MODIFICATORIA EN EL PROYECTO DE REFORMA

The Civil Responsibility for Precautionary Measures

Reflections about Article 621 of the Peruvian Civil Procedural Code and Its Modification in the  
Reform Project.

Brayan Ccorihuaman Gonzales<sup>1</sup>

### RESUMEN

La responsabilidad civil derivada de las medidas cautelares, tal como están reguladas en el Código Procesal Civil vigente, presenta un gran desafío para los estudiosos del tema, pues se cuestiona la posibilidad que la parte tenga derecho al resarcimiento por los daños irrogados en la medida cautelar acudiendo a un principio consagrado en el código civil que expone, quien obra en ejercicio regular de un derecho no puede ser objeto de responsabilidad civil. Otro problema es el criterio de imputación, si debe ser de carácter objetivo o subjetivo. En el presente trabajo se expone que el principio por el que se excluye la responsabilidad civil a quien obra en ejercicio regular de un derecho ha sido superado; y el criterio de imputación acorde a la naturaleza de la medida cautelar es, el objetivo. Finalmente, de manera crítica y reflexiva se analiza las novedades, sobre el tema, que trae el proyecto de reforma del Código Procesal Civil.

**PALABRAS CLAVE:** Medida Cautelar – Responsabilidad Civil – Criterio de Imputación - Abuso del Derecho – Actos Lícitos Dañosos - Responsabilidad del Juez.

### ABSTRACT

The civil liability derived from the precautionary measures, as they are regulated in the current Civil Procedure Code, presents a great challenge for the scholars of the subject, since the possibility that the party is entitled to compensation for the damages caused by the precautionary measure is questioned. A principle enshrined in the civil code that states, who works in the regular exercise of a right cannot be subject to civil liability. Another problem is the criterion of imputation, if it must be objective or subjective. In the present work it is exposed that the principle by which civil liability is excluded to those who work in the regular exercise right has been overcome; and the criterion of imputation according to the nature of a precautionary measure is, the objective. Finally, in a critical and reflexive way, we analyze the novelties, on the subject, that the reform project of the Civil Procedure Code.

**KEYWORDS:** Precautionary Measure - Civil Liability - Imputation Criterion - Abuse of Law - Harmful Licit Acts - Responsibility of the Judge.

<sup>1</sup> Maestría con énfasis en Derecho Procesal en el Programa de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Bachiller por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Correo electrónico: uni\_dante123@hotmail.com

## I. INTRODUCCIÓN

La tutela cautelar ha sido concebida hoy como un derecho fundamental, como una expresión de la tutela jurisdiccional efectiva frente a la demora del proceso. En ese sentido se ha expuesto que, la tutela jurisdiccional atípica constituye un componente esencial e imprescindible de la tutela jurisdiccional, en los límites en que sea necesaria para neutralizar el *periculum in mora* (es decir, daños derivados de la duración, o también causados por la duración, del proceso a cognición plena) que incrementen los márgenes de un perjuicio irreparable (Proto, 2014, p. 388). También encontramos en convenios internacionales<sup>2</sup> disposiciones en ese sentido, que no pueden ser ignoradas. Podemos notar, entonces, que estamos en un contexto donde la tutela cautelar alcanza protección a nivel constitucional.

Ahora bien, se puede concebir la idea que la parte que se beneficia de una medida cautelar tenga que resarcir a la parte afectada, si en el proceso principal, (cognición plena) resulte que no tenga la razón. Podemos plantear la misma pregunta de manera más escandalosa, ¿está obligado a responder por los daños, quien hace uso de un derecho fundamental? La respuesta a la interrogante, así planteada, puede llevarnos a responder, casi de forma inmediata, de manera negativa, pues el ordenamiento jurídico no puede sancionar por ejercer un derecho que el mismo reconoce. De hecho, las posturas que sostienen que no puede haber responsabilidad civil (o al menos una responsabilidad objetiva) suelen recurrir a ese argumento de “licitud” de las medidas cautelares.

No obstante, si nos ponemos en la posición extrema de la “licitud” de la medida cautelar, se estaría desprotegiendo a la parte que tiene la

razón en el proceso principal y que ha sido afectada por una medida cautelar, pues durante el tiempo que dure el proceso se le estaría manteniendo privada del derecho sobre el que recae la medida cautelar. Entonces, no se puede sacrificar el derecho de un parte para salvaguardar el derecho de la otra, más aún, si se demuestra que esta última no tenía el derecho. En ese sentido, es justo que la parte afectada pueda acudir al juez para obtener el resarcimiento de los daños provenientes de una medida cautelar que se dictó en un proceso donde se declaró, que efectivamente, tenía el derecho. De lo contrario se podría incurrir en una contradicción que el derecho no puede tolerar, permitir que quien gane, pierda, y ello no es coherente y, mucho menos, justo (Zavaleta, 2012).

Si asumimos, entonces, la última tesis, debemos plantear un esquema coherente para que la parte afectada por una medida cautelar pueda ser resarcida por los daños causados por la medida cautelar cuando la demanda sea desestimada en el proceso principal. El esquema que se plantea debe ser capaz de superar los obstáculos procesales y técnicos, de modo, que sea coherente con el derecho a la tutela cautelar y el derecho de la parte que resulta afectada.

## II. RESPONSABILIDAD CIVIL POR MEDIDA CAUTELAR

El primer desafío que se tiene que superar es la posibilidad de imputar responsabilidad civil por el ejercicio regular de un derecho (como lo es, la solicitud de una medida cautelar). Pues de una lectura del artículo 1971<sup>3</sup> del Código Civil vigente podemos afirmar que no es posible obligar a resarcir a quien actuó en ejercicio regular de un derecho, es decir, estamos ante un supuesto de inexistencia o exoneración de responsabilidad civil cuando se obra en ejercicio regular de un derecho. Para salvar la

<sup>2</sup>Convención Americana sobre Derecho Humanos

<sup>4</sup>Artículo 25.- Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (...)

<sup>3</sup>Inexistencia de responsabilidad

Artículo 1971<sup>o</sup>.- No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1.- En el ejercicio regular de un derecho. (...)

responsabilidad, cuando estamos frente a un acto lícito, se ha recurrido a la figura del abuso del derecho, de manera que, cuando se advierta que la parte ha abusado de su derecho se considerara como un acto ilícito, de manera que podrá ser objeto de responsabilidad civil. Lo abusivo integra lo ilícito, y ello surge de las previsiones normativas que sancionan su presencia con alguna o varias de las consecuencias jurídicas previstas para lo ilícito (Kaminker, 2002).

Se ha sostenido, inclusive, que frente a la posición que defiende la configuración de actos lícitos dañosos (coherente con el entendimiento, que la ilicitud no es un elemento configurativo de la responsabilidad civil), se puede afirmar que estos casos (siendo consecuente con el criterio que la ilicitud es un componente de la responsabilidad civil) son, *sic et simpliciter*, actos ilícitos (Espinoza, 2015, p. 122), en ese sentido, se ha expuesto que, la ilicitud de una medida cautelar puede identificarse en dos momentos diferentes (Espinoza, 2015, p. 121):

- a) Ex ante, a través de la medida cautelar, se está actuando en el ejercicio regular de una apariencia de derecho.
- b) Ex post, al no haberse confirmado la pretensión asegurada con la medida cautelar, sin que haya el grado de innecesario o malicia (es decir, dolo o culpa), el daño producido califica como ilícito, por cuanto se ha determinado definitivamente que no se ha configurado, ni se configura, un derecho que la ampare.

Lo que se pretende, en realidad, con esta posición descrita precedentemente, es forzar la ilicitud de la medida para acudir a la responsabilidad civil, lo cual nos parece errado, no solo porque, como se verá más adelante, la ilicitud ya no configura un presupuesto para que proceda la responsabilidad civil, sino, porque se pretende dar un trato retroactivo a la ilicitud, lo que desde nuestro punto de vista es inconcebible e incompatible con la naturaleza de la tutela cautelar que conlleva en su esencia un riesgo inevitable.

Ahora bien, hemos visto hasta ahora, que el medio utilizado para acudir a la responsabilidad civil ha sido de alguna u otra forma la ilicitud, pero, ¿realmente esto debe ser así? Un sector de la doctrina moderna, a la que nos adherimos, considera que la ilicitud o antijuridicidad no es un factor condicionante de la responsabilidad civil (Campos, 2012, p. 217). De modo que no será necesario recurrir al abuso del derecho para demostrar la ilicitud, sino, que la responsabilidad civil también alcanza a los actos lícitos. Esta posición se sustenta en una interpretación histórica y coherente del sistema de responsabilidad civil, que adopto el código civil vigente, sobre el cual, no se pretende ahondar en el presente trabajo. Sin embargo, debemos advertir las repercusiones que podrían tener sobre el tema que se trata.

Entonces, el problema no se agota en reconocer que los actos lícitos pueden generar responsabilidad civil, sino ahora debemos plantearnos, cómo debe operar este resarcimiento. El artículo 621 del código procesal Civil vigente, regula el procedimiento para la indemnización por medida cautelar maliciosa o innecesaria, y establece lo siguiente:

*Artículo 621.- Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de esta 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.*

Podemos advertir que el artículo descrito hace referencia a las costas y costos del proceso cautelar, a una multa procesal, y finalmente a la indemnización por los daños causados por la

medida cautelar. Es decir, el artículo establece tres consecuencias que pueden presentarse cuando se declara infundada una demanda, cuya pretensión estuvo asegurada con una medida cautelar. Lo que interesa al presente trabajo es la última consecuencia.

De un análisis breve podemos observar que la indemnización será a solicitud de parte y resuelto dentro del mismo proceso, es decir, por el juez que ha dictado la medida cautelar. Ahora bien no se establece como debe ser el procedimiento para establecer la obligación resarcitoria. Entendemos, en todo caso, que la parte solicitante debe acreditar que se han presentado todos los elementos que configuran la responsabilidad civil: existencia de daño, nexo de causalidad, acto generador, y criterio de imputación (Campos, 2016, p. 753). No pretendemos profundizar en cada elemento, sino solo de manera superficial, señalaremos que la parte debe acreditar la existencia del daño, que estará representado por la diferencia perjudicial para la víctima, entre su situación antes de la resolución cautelar y después de la misma, así mismo el nexo causal estará dado por la vinculación del daño como consecuencia de la medida cautelar. Respecto al acto generador, de una lectura literal del artículo 621, observamos que el resarcimiento solo estaría pensado ante un pronunciamiento de fondo de la pretensión de la demanda, en ese sentido, concordamos con Campos (2016, p. 759), cuando sostiene que el hecho de que exista supuestos de conclusión del proceso no contemplados en el dispositivo bajo comentario no excluye que puedan ser considerados como actos generadores de responsabilidad, siempre que se haya actuado una resolución cautelar, ello al amparo de la atipicidad del modelo resarcitorio peruano .

Por último, nos interesa reflexionar sobre el tema que mayor controversia ha generado, el criterio de imputación. Al respecto, el artículo 621 del Código Procesal Civil, no toma partido por algún criterio, ya sea objetivo o subjetivo (culpa o dolo). Se ha intentado interpretar al artículo,

atendiendo a la literalidad de la sumilla “sanciones por medida cautelar maliciosa o innecesaria”, estableciendo que hace referencia a un criterio de imputación subjetivo, donde la parte afectada por una medida cautelar tendría que probar la culpa o el dolo de la parte que solicitó la medida cautelar.

Esta última opción no parece adecuada y coherente con el derecho de la parte afectada por una medida cautelar, pues se le impondría la carga de probar la intencionalidad (maliciosa o innecesaria) de la parte que solicitó la medida cautelar, lo que devendría en una prueba diabólica, pues la parte que ganó el proceso principal, para que pueda acceder al resarcimiento por los daños provocados por la medida cautelar, ahora tendrá que acreditar ante el mismo juez que dictó la medida, que la parte vencida actuó de mala fe. Aquí podemos identificar dos asuntos cuestionables, la complejidad de acreditar la intencionalidad de la parte demandante y el sesgo del juez que concedió una medida cautelar que fue contradicha en el proceso principal (que de alguna manera implica asumir que dictó una medida injustificada), por estas consideraciones no nos parece adecuado establecer un criterio de imputación subjetivo para la responsabilidad civil de medidas cautelares. Ahora bien, podría plantearse que la carga de la prueba sea asumida por la parte que se favoreció de la medida cautelar, de manera que el problema de la complejidad de acreditar el criterio subjetivo recaería en la parte que la solicitó y que ciertamente estaría en mejores condiciones de probar, sin embargo, el problema no se elimina del todo, pues la parte recurriría a la idea de que actuó creyendo tener el derecho y no necesariamente de forma maliciosa o innecesaria y se valdría para ello de la resolución cautelar que el juez dictó, donde efectivamente, se valoró la apariencia del derecho y le dio la razón a la parte solicitante, estamos ante un supuesto donde también es complejo identificar cuando una parte actúa no teniendo el derecho y cuando actúa creyendo que tiene el derecho. Por último el problema del sesgo del

juez no desaparece, al contrario, será reforzado por la parte que se favoreció de la resolución cautelar, la que defenderá la resolución cautelar para eludir su responsabilidad. Por estas razones, la inversión de la carga de la prueba respecto al criterio subjetivo no parece la solución integral al problema planteado.

Por otro lado, y en contrapartida a la tesis anterior, están los que apuestan por un criterio objetivo, por el mero hecho de la derrota; sin interesar la existencia o no de culpa, dolo o mala fe procesal (Ledezma, 2014, p. 52). Esta tesis, como es evidente, es más garantista para la parte afectada por la medida cautelar, pues se le excluye de acreditar el criterio subjetivo, de modo que será suficiente la verificación del resultado del proceso principal, donde la parte afectada es vencedora para que pueda obtener tutela su resarcimiento.

Finalmente se ha planteado, que el criterio de imputación dependerá de la presencia del contradictorio en la concesión de la medida cautelar. Pues se dice, que resulta lógico establecer un criterio de imputación objetivo en aquellos casos en los cuales la medida cautelar afecte a la víctima sin contradictorio previo; por el contrario, si la cautelar se actuó con contradictorio a la otra parte, entonces se justifica que la imputación de responsabilidad sea subjetiva (Campos, 2016, p. 764). Lo que se busca con esta tesis (y en lo que se sostiene) es que la parte afectada por una medida cautelar pueda evitar el daño de la misma. Así el criterio de imputación dependerá de la posibilidad que tenga la parte para evitar -mediante el contradictorio- el daño. Parece que la finalidad de esta tesis, no es propiamente el resarcimiento de la parte afectada, sino el derecho a la defensa ante la concesión de medidas cautelares. Por otro lado reduce “la posibilidad de evitar el daño” al contradictorio antes de la concesión de la medida cautelar, sin considerar otros medios para revertir

una medida cautelar como la oposición o la apelación de la resolución cautelar. Si nos ponemos en este último supuesto, donde previo contradictorio se concedió la medida cautelar, bajo la tesis mencionada, correspondería un criterio de imputación subjetiva, es decir la parte afectada tendría que demostrar la malicia, mala fe o que la medida cautelar haya sido propuesta de manera innecesaria. Esta consecuencia no parece coherente, pues la realización del contradictorio previo estaría castigando a la parte a probar el nexo subjetivo, a pesar, de que haya obtenido una sentencia favorable. Debemos considerar además que una medida cautelar concedida puede tornarse en injustificada durante el transcurso del proceso si varían las circunstancias que motivaron su adopción, así como podría variarse o revocarse. Situaciones como esta, al parecer, no fueron consideradas por la tesis descrita, pues el contradictorio es una garantía para la parte que pueda resultar afectada por una medida tenga la posibilidad de cuestionar dicha medida antes de que se emita una decisión, de modo, que la aplicación de esta garantía o regla no puede condicionar o perjudicar, a la parte afectada por la cautelar, a probar o no el nexo subjetivo de la medida cautelar. Para concluir, pensamos que la tesis que hace depender el criterio de imputación del contradictorio no guarda coherencia con la naturaleza de la medida cautelar, tal como expondremos más adelante.

Finalmente no podemos dejar de mencionar el Proyecto de reforma del Código Procesal Civil<sup>4</sup>, que a diferencia del vigente, sí toma posición respecto al criterio de imputación, pues establece expresamente en su artículo 637 que: “el solicitante de la medida provisional será responsable por los daños y perjuicios originados, **sin que sea necesario determinar la existencia de dolo o culpa para el establecimiento de su responsabilidad**” (énfasis agregado). Podemos apreciar entonces que adopta un criterio objetivo para imputar el resarcimiento, lo cual nos parece

<sup>4</sup> Publicado mediante Resolución Ministerial 0070-2018-JUS, el 5 de marzo del 2018.

coherente con el riesgo que es consustancial a la medida cautelar y a la protección de la parte afectada, que finalmente se comprobó su derecho en el proceso principal. Otro dato que debemos destacar del proyecto, es que la mala fe o malicia comprobada, también es castigada mediante una multa procesal no menor de 50 ni mayor de 100 unidades de referencia procesal. De modo que, el proyecto de reforma apuesta por un criterio objetivo para el resarcimiento, mientras que para la mala fe, un criterio subjetivo, lo que en buena cuenta nos parece acertado. Otro aspecto interesante del proyecto de reforma, es respecto al hecho generador, ya habíamos mencionado, que bajo el código procesal vigente, se considera únicamente como hecho generador, la sentencia que declara infundada la pretensión asegurada con medida cautelar, el proyecto considera los demás supuestos que también, eventualmente, pueden generar la misma situación, pues señala en el primer párrafo del artículo 637 que, “la responsabilidad generada a consecuencia de la ejecución de una medida provisional se determina una vez que exista una resolución firme que disponga la conclusión del proceso”, de manera que no cierra la posibilidad de que puedan considerarse como actos generadores de situaciones diferentes a la conclusión del proceso mediante una sentencia que declara infundada la demanda, de hecho, el artículo 637 se remite a los supuestos del artículo 635<sup>5</sup> del proyecto de reforma donde se enumera otros hechos generadores.

### **2.1. Medida cautelar como actividad riesgosa**

<sup>5</sup> Artículo 635.- Levantamiento de la medida.

Las medidas provisionales pierden eficacia en los siguientes casos:

1. Cuando se omite presentar la demanda dentro del plazo de 10 días hábiles luego de ejecutada la medida cautelar fuera del proceso o en los 20 días luego de notificada su concesión. En estos casos el juez, de oficio o a pedido del afectado, dicta sin más trámite la resolución que levanta todas las medidas cautelares.
2. Cuando en cualquier estado del proceso se declara la improcedencia de la demanda o se dispone la conclusión del proceso por abandono o cualquier otra forma de conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo. En estos casos el juez, de oficio o a pedido del afectado, dicta sin más trámite la resolución que levanta todas las medidas provisionales.
3. Cuando se dicta una sentencia, en primera o segunda instancia, que declara infundada o improcedente la demanda que sirve de sustento a la medida provisional. En estos casos, el beneficiado con la medida provisional tiene 6 días de notificado con la sentencia para solicitar que se mantenga la medida provisional, ofreciendo una garantía real o carta fianza bancaria como caución, la que se mantendrá solo en los casos en los que el juez aprecie que el peligro en la demora es de tal magnitud que se hace preciso mantenerla. El juez resolverá previo traslado al afectado por 6 días.
4. Cuando se dispone el levantamiento o revocación de la medida provisional por parte del juez superior. (...)

Lo que sostenemos, no hace otra cosa que confirmar los planteamientos iniciales de la naturaleza de la medida cautelar, pues para ello recurriremos a los clásicos procesalistas para afirmar algo, tan evidente, que suele pasarse desapercibido para construir un esquema coherente con la responsabilidad civil de la medida cautelar. Pues bien, no hay duda que la medida cautelar implica una cognición sumaria -prejuzgamiento si se quiere- para su adopción, de manera que existe el riesgo inevitable o consustancial a su naturaleza, de que sea contradicha en la decisión final, pues puede resultar que sea confirmada o no en la decisión final del proceso. De hecho, la existencia de la contracautela tiene sentido, justamente por el riesgo que implica una medida cautelar. Por lo que podemos afirmar —osadamente— que la contracautela es una manifestación del riesgo de la medida cautelar. Dicho en otras palabras, la tutela cautelar presenta un alto grado de peligro por no estar basada en la cognición plena, sino en la probabilidad: de que el juicio efectuado a nivel de cognición sumaria se revierta a nivel de cognición plena y que la ejecución de medidas cautelares sea fuente de un daño injustificado para el destinatario pasivo de la resolución cautelar (Proto, 2014, p. 399).

En ese contexto debemos recordar también lo expuesto por Chioyenda (1948, p. 282), cuando señala que, la acción aseguradora es, pues, en sí misma, una acción provisional; y esto comporta que se ejercite, por regla general, a cuenta y riesgo del actor, es decir, que éste, en caso de

revocación o desistimiento, sea responsable de los daños causados por la resolución, tenga o no culpa.

De manera más clara y precisa, el tema ha sido abordado por Calamandrei (1945, p. 77), cuando sostiene, que en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarara el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad.

Ahora bien, de lo expuesto precedentemente, podemos afirmar que la medida cautelar, es una institución procesal que implica un riesgo, que debe ser asumido por la parte que se beneficia del mismo, en ese sentido el criterio de imputación debe ser objetivo. Por otro lado, el criterio objetivo permitirá internalizar la responsabilidad de quien solicita la medida cautelar, de manera que se evite la mala fe procesal. En ese sentido citando a Karl Larez, la responsabilidad no se funda en que el responsable haya obrado injustamente, sino en que está obligado a soportar en virtud de la ley el riesgo de producir un daño a otro, unido a una actividad autorizada. Responsable es, en principio, aquel que conoce y domina, en general, la fuente u origen del riesgo, aunque no necesariamente el curso del acontecimiento producto del daño y que no con carácter transitorio obtiene provechos de la misma (Lubomira, 2015, p. 68).

Esta última tesis que planteamos, nos parece más coherente y justa con el sistema de responsabilidad civil, haciendo responsable a

quien se beneficia injustificadamente, en perjuicio de la otra parte, con la medida cautelar. De modo que el riesgo que implica la medida cautelar en el proceso sea asumido (mediante un criterio objetivo) en buena parte por quien la propone y se beneficia de la misma. El criterio objetivo, además de garantizar de manera eficiente el resarcimiento de la parte afectada por la cautelar, funciona de manera disuasiva, pues quien pretenda solicitar una medida cautelar será consiente de las consecuencias que soportará, si lo hace de manera maliciosa o innecesaria, en modo de buscar que se acuda a las cautelares cuando, en efecto, se tenga el derecho.

### III. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ

Una cuestión poco discutida, es la eventual responsabilidad en que pueda incurrir el juez, cuando conceda medidas cautelares y finalmente sea contradicha con la sentencia. La interrogante es, si el juez debe asumir responsabilidad por haber dictado una medida cautelar que causo daño a la parte a quien la sentencia dio la razón. El tema debe ser tratado con cuidado, pues, si se establece que el juez tiene responsabilidad, entonces, cada vez que el juez tenga que conceder una medida cautelar será muy probable que la deniegue, porque tendrá un incentivo para hacerlo (estamos ante un incentivo que puede tornarse en perverso), de modo, que las medidas cautelares se verían seriamente afectadas. En estos casos probablemente, el remedio puede resultar más peligroso que la enfermedad.

Por otro lado si se limita la responsabilidad a culpa grave, tal como se establece en el Código Procesal Civil vigente<sup>6</sup>, la parte afectada tendría que iniciar otro proceso y demostrar que el juez actuó con dolo o culpa inexcusable al conceder la medida cautelar. Esta opción, evidentemente, no resulta idónea para la parte, que después de haber

<sup>6</sup>El Código Procesal vigente establece en su artículo 509 la procedencia de la responsabilidad civil de los jueces, en los siguientes términos:

Artículo 509.- El Juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca. La conducta es dolosa si el Juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia. Incurre en culpa inexcusable cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado. Este proceso sólo se impulsará a pedido de parte.

litigado en un proceso que finalmente le favoreció, tenga que iniciar otro, para obtener el resarcimiento de los daños que le causo la medida cautelar. Si se pretende que la parte afectada sea resarcida, parece que la responsabilidad civil del juez no es el medio idóneo para lograr ese objetivo, pero, ¿lo será para que sea más diligente en la concesión de medidas cautelares? La respuesta a esta interrogante tiene que ver con la naturaleza de la medida cautelar, pues conforme a lo desarrollado en el apartado anterior, podemos afirmar que la concesión de medidas cautelares admite un margen de error (hipótesis), que puede ser confirmado o no en la decisión final. Esto no quiere decir que el juez no deba prestar la diligencia adecuada al evaluar las solicitudes cautelares o que pueda justificar su falta de diligencia en el carácter riesgoso de la medida cautelar, pues si el juez actuó manifiestamente de manera imparcial o se comprobó el fraude debe ser responsable por los daños irrogados (supuestos de culpa inexcusable). Sin embargo, el problema, desde nuestro punto de vista, debe ser afrontado con una adecuada técnica legislativa, reduciendo la discrecionalidad del juez al resolver solicitudes cautelares, mediante presupuestos objetivos para la concesión de medidas cautelares. En ese sentido, bien se ha dicho que una cosa es tener un sistema cautelar “dúctil” que permita dictar medidas atípicas cuando las típicas no sean las adecuadas para las necesidades concretas y otra tener un sistema cautelar como el peruano, el que en buena cuenta se le da carta blanca al juez para que determine, sin límites aparentes, el contenido de la medida cautelar a conceder, pasándose por encima del legislador e, inclusive, sobre lo pretendido por la parte (Ariano, 2014, p. 136). Ciertamente, el tema del poder de cautela del juez es discutible, que no se pretende abordar, al menos, en el presente trabajo.

En todo caso lo que se busca, es que el afectado por una medida cautelar pueda encontrar un adecuado resarcimiento; y la responsabilidad civil del juez, como ya se ha expuesto, no brinda una solución eficaz a este problema. Una opción

más eficiente podemos encontrar en establecer un adecuado sistema de impugnación, de contradictorio y que la parte afectada por la medida cautelar tenga la posibilidad de revertir la medida en el transcurso del proceso, estas medidas son garantías más eficientes que la responsabilidad civil que pueda tener el juez.

Se ha expuesto que una sentencia que ha superado todas las impugnaciones permitidas por la ley, difícilmente puede considerarse afectada por aquellos gravísimos errores para los cuales se quería hacer operar la responsabilidad civil del juez (Trimarchi, 2002, p. 26). De manera análoga podemos afirmar que promover un adecuado contradictorio para la concesión de medidas cautelares, un sistema de oposición que permita revertir la medida cautelar durante el transcurso del proceso, y otros medios impugnatorios, serán garantías más eficientes que una eventual responsabilidad civil del juez, y además coadyuvan a resolver el problema de raíz, pues es preferible una resolución cautelar que pueda causar daño solo a consecuencia del retardo en su anulación que durante todo el proceso.

#### IV. CONCLUSIONES

Podemos señalar que el sistema de responsabilidad civil para la medida cautelar presenta diversas dificultades, no obstante, a partir del reconocimiento de la naturaleza de la medida cautelar se puede plantear un sistema coherente que proteja de forma adecuada a la parte afectada por las medidas cautelares. El riesgo inherente de la medida cautelar condiciona que no se pueda sostener ideas como un criterio subjetivo de imputación o el contradictorio, como base para determinar el criterio de imputación de la responsabilidad civil. Así también nos lleva a la conclusión que el criterio más coherente con su naturaleza sea el objetivo, que ha sido, en buena hora, acogido en el proyecto de reforma del Código Procesal Civil. Por otro lado se ha visto que la responsabilidad civil del juez no es un mecanismo idóneo para garantizar el resarcimiento de la parte afectada, tampoco ofrece seguridad para que el juez pueda evitar

desaparecer el margen de error en sus decisiones de medias cautelares. Sino que existen otros mecanismos más eficientes que pueden lograr ese cometido, como un adecuado sistema de contradictorio, oposición y medios impugnatorios.

Finalmente debemos destacar las modificatorias que hace el proyecto de reforma, pues como ya se abordó plantea una solución más coherente con la naturaleza de la medida cautelar, así como la protección de la parte afectada para acceder a una tutela adecuada de responsabilidad civil.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ariano Deho, E. (2014). *Estudios Sobre la Tutela Cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Calamandrei, P. (1945). *Providencias Cautelares*. (S. Sentis Melendo, Trad.) Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina.
- Campos Garcia, H. A. (2012). La responsabilidad por actos lícitos dañosos en el ordenamiento jurídico peruano, en Reflexiones en Torno al Derecho Civil. A los Treinta Años del Código. *Ius Et Veritas*, 217. Obtenido de --- <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11999/12567>
- Campos García, H. A. (2016). Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa. En VV.AA., & R. Cavani (Ed.), *Codigo Procesal Civil Comentado* (Vol. IV). Lima: Gaceta Jurídica.
- Chiovenda, G. (1948). *Instituciones del Derecho Procesal Civil* (Segunda Edición ed.). (E. Gomez Orbaneja, Trad.) Madrid, España: Revista Editorial de Derecho Privado.
- Espinoza Espinoza, J. (2015). Sobre los denominados Actos Ilícitos Dañosos. *IUS ET VERITAS*(51). Obtenido de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15655>
- Kaminker, M. (junio de 2002). El ejercicio abusivo del proceso y de los derechos procesales, acto ilícito. (J. Monroy Palacios, Ed.) *Revista Peruana de Derecho Procesal*, V.
- Ledesma Narvaez, M. (2014). *Estudios Críticos de Derecho Procesal y Arbitraje* (Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.
- Lubomira Kubica, M. (2015). *Tesis Doctoral: El riesgo y la responsabilidad objetiva*. Girona, España. Obtenido de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/328430/tmlk1de1.pdf?sequence=5>
- Proto Pisani, A. (2014). *La Tutela Jurisdiccional*. (E. ARIANO DEHO, H. CAMPOS GARCIA, R. CAVANI, C. DELGADO SUAREZ, G. PRIORI POSADA, & C. MARINELLI, Trads.) Lima: Palestra.
- Proto Pisani, A. (2014). *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra.
- Trimarchi, P. (2002). La responsabilidad civil del juez. (R. d. Derecho, Ed.) *Proceso & Justicia*(3).
- Zavaleta Rodríguez, R. E. (2012). La argumentación jurídica y la interpretación del artículo 621° del Código Procesal Civil: ¿El que gana, pierde? *Derecho & Sociedad*. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2012/10/21/la-argumentacion-juridica-y-la-interpretacion-del-articulo-621-del-codigo-procesal-civil-el-que-gana-pierde-roger-e-zavaleta-rodriguez/>