



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 4, enero-junio, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n4.06



La oposición en la medida cautelar: naturaleza jurídica y conflictos procesales en el proceso civil

**The opposition in the precautionary measure: legal
nature and pro-judicial conflicts in the civil process**

Yrma Dennis Ramirez Castañeda*

Corte de Lima Este
(Lima, Perú)

yramirez@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-4722-7080>

Resumen: El presente trabajo de investigación se genera en base a la interpretación que están otorgando los operadores de justicia al artículo 637 del Código Procesal Civil en relación a la competencia de la resolución de la oposición en contra de una medida cautelar concedida en vía de apelación. Disputando así, si es el órgano jurisdiccional de primera instancia o de segunda instancia quien debe resolver de dicha oposición. Tema que incluso fue materia del Pleno Civil y Procesal Civil en el año 2009, y donde se aprobó por consenso que sea el órgano superior quien debe de resolver la oposición, cuando este concedió la medida cautelar. Además, se busca dilucidar si la

* Juez titular del Primer Juzgado Civil de La Molina, en la actualidad juez superior provisional de la Sala Mixta de San Juan de Lurigancho de la Corte de Lima Este. Maestra en Derecho Civil y Comercial.

naturaleza de la oposición es contradictoria respondiendo al derecho a la defensa, o si posee carácter de recurso en uso del derecho impugnatorio de quien lo ejerce.

Por otro lado, se abordará la problemática consistente en omisión que hace la norma ya mencionada respecto a que es primero si la apelación o la oposición. En los juzgados hay una controversia al respecto, ya que existen personas que se oponen a la medida cautelar y otros que directamente apelan el auto cautelar, e incluso hay casos en los cuales, habiendo realizado la apelación, luego se oponen. Es decir, existe un desorden dentro de los procesos cautelares en lo referente al trámite de la oposición o de la apelación.

Es por ello que se llega a la interrogante: ¿cuál sería el correcto trámite de dichos recursos? Después del análisis realizado, estamos convencidos de que se debería establecer un orden respecto al trámite de la oposición, el cual será desarrollado. Más aún si el proyecto de reforma del Código Procesal Civil ha establecido que la parte afectada puede formular oposición dentro del plazo de seis días luego de notificada. No cabe formular apelación ni reconsideración en sustitución de la oposición. Además, se hace necesario regular también las facultades del juez superior, ante la denegatoria de la medida cautelar al solicitante quien apela, y en donde el superior solo debe tener facultades nulificante o confirmatoria, mas no revocatoria (el cual es el que origina el problema de estudio) y esto tiene su fundamento en lo que dispone la parte final del artículo 611 de la norma adjetiva acotada.

Palabras clave: órgano superior, impugnación, artículo 637 C.P.C., Pleno Civil 2019, recursos, contradictorio

Abstract: This research work is based on the interpretation of article 637 of the civil procedure code of legal operators on the competence of the opposition resolution against a precautionary measure granted on appeal. The discussion focuses on determining which is the competent court: (i) first instance; or, (ii) second instance. In addition, it seeks to clarify whether the nature of the opposition is contradictory, responding to the right to defense, or if it has the character of an appeal, in use of its right to appeal.

On the other hand, the problem consisting of the normative omission will be addressed, on the priority between the appeal and opposition. In the courts there is a controversy in this regard, since there are people who oppose the precautionary measure and others who directly appeal the injunction, and there are even cases in which, having made the appeal, then they oppose it; In other words, there is therefore a disorder within the precautionary processes in relation to the opposition or appeal proceedings.

Therefore, the following question arises: What is the correct procedure within those legal formalities? This paper proposes that it should establish an order regarding the processing of the opposition. Considering that the Reform of the Civil Procedure Code that establishes that the affected party can file an opposition within a period of six days after being notified. No appeal or reconsideration can be made to replace the opposition. In addition, it is also necessary to regulate the faculties that the superior judge possess, before the rejection of the precautionary measure. Moreover, is necessary to assess whether the superior judge either should only have nullifying or confirmatory faculties, but not revocation (which is the origin of the problem studied in this paper). This is based on last part the 611th article of the Procedural Code.

Key words: Supreme Court, Appeal, article 637 C.P.C., Civil Plenary 2019, legal procedures, contradictory

RECIBIDO: 2/05/2021

REVISADO: 26/05/2021

APROBADO: 26/06/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

Cuando se expidió el Código Procesal Civil mediante el Decreto Legislativo n.º 768 en el año 1993, y al regularse el trámite de la medida cautelar no estuvo prevista la institución jurídica de la oposición dentro del trámite de la medida cautelar. Sin embargo, posteriormente se dan dos modificaciones a este artículo: el Decreto Legislativo n.º 1069, publicado el 28 de junio del 2008 y posteriormente la Ley n.º 29384 de fecha 28 de junio del 2009 y es esta última la que introduce la figura jurídica de la oposición.

Pues, en la exposición de motivos del Proyecto Ley n.º 29384 se alega que este nuevo procedimiento cautelar disminuye las limitaciones existentes a ciertas garantías procesales básicas como el contradictorio y el derecho a impugnar que existen en la actual regulación, sin que ello determine que la medida cautelar deje de cumplir su finalidad de manera eficaz. Sin embargo, eso no fue así, ya que incluso este tema ha sido analizado en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil en noviembre del 2019. Este tuvo como materia de discusión la oposición a la medida cautelar concedida por el órgano superior, referente a que si le corresponde al organismo jurisdiccional de la primera instancia resolver la oposición; o si por el contrario el mismo órgano que emitió la medida cautelar (en caso que le otorgue la medida cautelar sea el de segunda instancia) quien tendrá competencia respecto a una oposición.

En el análisis de dicha controversia, se debía interpretar el artículo 637 del Código Procesal Civil, en relación a la oposición, teniendo en cuenta

que según la naturaleza procesal de este como recurso o como elemento procesal contradictorio, se infiere que el órgano jurisdiccional deberá resolver la oposición a la medida cautelar. Es necesario entender que, al tener una naturaleza contradictoria estaría respondiendo al derecho a la defensa y, por ende, es el ente de primera instancia, quien debe dar resolución respecto a la exposición de las partes; pero, con una naturaleza impugnatoria se comprendería a la oposición como un recurso, por lo cual se aplica el principio de pluralidad de instancias.

Además, no está regulado si el juez de segunda instancia que emite la resolución que genera la medida cautelar debe ser el encargado de resolver la oposición que se le interponga; es decir, ¿se puede considerar que es el órgano de segunda instancia quien debe conocer de dicha oposición? Si esto fuera así cómo quedaría el justiciable si quisiera interponer recurso de apelación en mérito al principio de doble instancia. Se infiere que la ley, en teoría permite que tanto el órgano de primera instancia como el órgano de segunda instancia resuelvan la oposición al auto cautelar, situación que en la actualidad se presenta en los juzgados creando desorden en los procesos. Esta situación ocurre, ya que mientras que en algunos procesos se tramita en el órgano de primera instancia, en otros se tramita dentro del órgano de segunda instancia, lo que ocasiona confusión tanto en los actores del proceso como en el juzgador.

Por parte del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil del 2019, se origina un consenso el cual establece que, «el órgano jurisdiccional competente para conocer la oposición interpuesta contra la medida cautelar concedida por el superior, es el órgano jurisdiccional que actúa como primera instancia» (Centro de Investigaciones Judiciales, p. 243). Se hace necesario analizar si esta fue la mejor opción o es posible dar otro tipo de solución al presente caso y si en la norma podemos encontrar otra solución.

2. Naturaleza de la oposición del auto cautelar en la práctica judicial

Nuestra legislación crea la imposibilidad de contradecir u oponerse antes de que se expida resolución aprobando dicha medida cautelar, ya que según Alarcón (2005) causaría un «[...] perjuicio irreparable e inminente por tal motivo; lo que se busca es conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda [en este caso de la solicitud de la medida], en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso [...]». (p. 40). Es así que se ha privilegiado el derecho a la tutela efectiva, pues, solo queda la presentación de oposición o de apelación del auto en cuestión, después de emitida la resolución que concede la medida cautelar.

Ahora centrándonos en la oposición se puede evidenciar que desde muchas perspectivas toma el papel de contestación. Es decir, que se ejerce el derecho a la contradicción, después de emitida la resolución que admite la medida cautelar, ya que se estaría contradiciendo a la solicitud de medida cautelar de manera indirecta. Esto, porque su objetivo real es el auto cautelar y en donde podría cuestionar los requisitos de la solicitud de la medida cautelar o el fondo del mismo como es la verosimilitud del derecho invocado, el peligro de la demora, la razonabilidad e incluso podría ofrecer otro bien en donde debería recaer la medida.

Toda vez que no se trata de una oposición en estricto, pues la oposición se ejerce como lo refiere Veramendi (2011) «para impedir el cumplimiento de un acto jurídico o a imponer ciertas condiciones a ese cumplimiento. Es todo acto cuyo objeto consiste en que no se lleve efecto lo que otro propone» (p. 132). Es decir, se formula antes de admitirse la petición del solicitante y, por lo tanto, no se formula contra resoluciones. Y en el presente caso ya se expidió la resolución que concede la medida cautelar, por lo que no se estaría ante una oposición, propiamente dicha. Según nuestro Código Procesal Civil en su artículo 356 ha establecido que la oposición es un remedio; siendo así que lo dispuesto por la norma que la oposición se da después dictado la medida cautelar, no se condice con la esencia del remedio, ya que se emitió resolución y es contra ella que se interpone dicha oposición. Más aún si Guerra (2016) afirma:

En nuestra opinión, no cabe duda de que la naturaleza de la oposición en el artículo 637 es el de una contradicción (contradictorio), ya que sirve para que el afectado pueda formular la defensa pertinente contra el dictado de la medida cautelar. La oposición no es un recurso que excluye a la apelación. (p. 16)

Desde el punto de vista de su función de ataque contra dicha resolución aprobatoria cautelar, se puede decir que cumple como un recurso. Entonces la controversia es ¿la oposición cumple como derecho de defensa, remedio o como recurso? La oposición no cuenta con una figura totalmente definida o estandarizada de forma correcta puesto que, si bien está hecha para desacreditar lo dictado, su propia conceptualización y ejercicio presuponen posturas de naturaleza diferente, bien presentándose como un mecanismo de defensa, remedio o recurso.

La Ley n.º 29384 que modifica el articulado 637 del Código Procesal Civil hace referencia a la oposición dentro del derecho a la defensa. Entonces existirá una contradicción, ya que la defensa se da en contra de lo estipulado por la parte contraria, dentro de la demanda o dentro de la solicitud de medida cautelar; pero en este caso, por el contrario, la oposición como defensa se aplica en contra de una resolución; es decir, de lo dicho por el juzgador en el auto cautelar. Es por ello que a pesar de que esta normativa en forma genérica trata

a la oposición como un remedio, el proceso le da una connotación de recurso; es decir, como medio de impugnación, toda vez que se permite interponerla contra una resolución. Pues Viera (2011) afirma «de manera general se trata de un medio impugnatorio porque tiene por finalidad cuestionar o atacar un acto procesal concreto, en este caso la medida cautelar desde el inicio con la solicitud cautelar hasta su final otorgamiento» (p. 168).

Si bien, se ha mencionado que es correcto que la oposición se presenta a razón de contradecir a la otra parte, cierto sector definirá que solo se trata de un medio de defensa, pero dicha figura estará dirigida al auto dictado por el juez, ya que antes de la resolución sobre la medida no se admite oposición preveía alguna «*inaudita altera pars*» (sin escuchar a la otra parte). Es por ello se dice que la solicitud de medida cautelar no se puede contradecir ni se requiere conocimiento de la otra parte. Esto pondrá en tela de juicio su naturaleza jurídica dentro del proceso, lo cual producirá dentro de las partes procesales carencias en la correcta aplicación.

Es por todo lo expuesto, estando así regulado la oposición, es que considero la teoría de naturaleza dual, en donde la parte afectada al hacer uso de la oposición en contra del auto cautelar está ejerciendo, tanto su derecho a la defensa ejercida a manera de medio contradictorio, como su derecho a la impugnación ejercida a manera de recurso. En cierto punto la oposición tendrá un cuerpo contradictorio con una forma de recurso. El proceso sigue una naturaleza o curso propio por lo que la intervención de las partes se expresará conforme se desarrolla el proceso.

En este caso se debería aplicar una situación procesal donde se defiende primero y cuando se concluye de manera desfavorable, se tiene que apelar. Pero en este caso los papeles son invertidos: primero se emite el auto cautelar y luego te permiten oponerte a las razones presentadas por el demandante plasmadas en la emisión de resolución favorable de la medida cautelar, ya que no solo ataca a la solicitud, sino que su función será conseguir que el auto aprobatorio cautelar se deje sin efecto. Su naturaleza en efecto es similar a la apelación por la función que cumple. Inclusive la normativa permite que se pueda interponer contra el auto mencionado tanto la oposición como la apelación, lo cual se considera que la oposición es de naturaleza dual como derecho contradictorio en donde ejerzo mi defensa y como recurso se puede revocar dicha medida por el mismo órgano jurisdiccional que la dictó.

3. Contenido de la oposición en contra de auto cautelar

La oposición, se presentará como un mecanismo contradictorio que ataca al pedido del solicitante, tanto en su forma como en su fondo, y al resultado emitido por el magistrado. Estos dos deberían ser siempre abarcados al momento de interponerse la oposición, téngase presente que dichos ámbitos son el resultado de distintas naturalezas dentro del proceso. Por un lado tenemos la forma que está prevista en el artículo 610 de nuestro Código Procesal Civil en donde se establece los requisitos que debe tener toda medida cautelar y en cuanto al fondo se refiere a los presupuestos previstos en el artículo 611 de nuestra normatividad antes especificada, referente a la verosimilitud del derecho, la necesidad, la razonabilidad, la contracautela e incluso solicitar la variación y todo lo que considere a su derecho que está siendo afectado.

Posicionémonos en el desarrollo de una medida cautelar nacida dentro del proceso donde no se ha emitido una sentencia principal, un escenario común dentro de la gran mayoría de procesos en los pasillos judiciales. La oposición tendrá la obligación de hacer frente y atacar la postura presentada desde la «verosimilitud del derecho invocado», «el peligro de demora» y la «adecuación». Esto incluye de antemano los requisitos que formaron parte del otorgamiento, incluyendo también la contracautela ante la existencia del abuso en la medida, tomando en cuenta que la contracautela debe garantizar una forma más eficaz y proporcional a los eventuales daños y perjuicios que podría sufrir el afectado. Por ello, cuando la medida cautelar se concede, la oposición tendrá que atacar los dos puntos antes referidos en forma conjunta.

La primera, constituye en hacer frente a los requisitos y la segunda, estará contemplado para abarcar también los presupuestos de manera conjunta. Pero no menos importante podrá de igual manera hacer frente a la competencia que presenta o carece el juez para dictar la medida cautelar, toda vez que en el diario de los debates de Segunda Legislatura Ordinaria de 2008 se alegaba que con ello se elimina este ruleteo de acciones cautelares que se ha venido dando en el ámbito nacional. Por tanto, es necesario establecer si el juez que había dictado tal medida era competente o no, y que el objeto de la pretensión se vea expresado dentro de los parámetros permitidos. Ante lo previsto se podrá contemplar a la oposición como una figura contradictoria, que busca pronunciarse como una defensa, sin ser una tal cual, como respuesta a lo que exige y se concede por el dictado del juez.

Si con la oposición no se puede restar fundamento a la parte presupuesta o requerida, podrá tener un valor que motive la reducción a un monto entendido como razonable. Si bien en la oposición se puede demostrar la generación de un daño, está dentro de las facultades de este medio procesal,

que a pesar de que la medida cautelar no tenga ningún vicio o causal de nulidad, sí genera un efecto dañino en exceso hacia la parte perjudicada. Por ende, se estaría violando el principio de razonabilidad en la medida cautelar y este es uno de los supuestos para proceder con la oposición.

4. La postergación del derecho a la defensa en la oposición o apelación del auto cautelar

Existe un conflicto respecto a la notificación dentro del proceso cautelar, dado que al presentar una solicitud de medida cautelar se hace presente el principio *inaudita altera pars*. Este consiste en que el derecho a la defensa se ve suspendido; más aún si la norma como hace referencia Lujan (2018) «no ha regulado con claridad a partir de cuándo se puede formular oposición (...) pues ahora parece ser que ni bien concedida la medida y conocida por el afectado, ya se puede oponer» (p. 83). Por consiguiente, a partir de que «toma conocimiento el afectado» puede oponerse a la medida cautelar, muy al margen de la notificación del auto cautelar. El efecto de ello es brindar una contestación a la solicitud cautelar y al auto de concesión de medida cautelar. Por ende, se ve el demandado en la necesidad de realizar la contradicción mediante el uso de un recurso de impugnación en donde no solo cuestione el fondo de la medida, sino la forma. Incluso puede solicitar la variación y todo lo que considere pertinente para su defensa. Puede elegir interponer la oposición como la apelación y en donde se hace necesario un orden.

Ya en el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, en su artículo 624 se establece que la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de seis días luego de notificada. No cabe formular apelación ni reconsideración en sustitución de la oposición; es decir, en forma clara establece que primeramente es la oposición, y si no lo hace, solo le queda la apelación. Es decir, no le faculta como ahora sí se hace que se oponga o apele e incluso después de la apelación puede oponerse, lo cual me parece acertada la propuesta del proyecto, esperando que así se apruebe.

Es evidente que existe una colisión de derechos, por una parte, el derecho a la tutela cautelar y por otra el derecho a la defensa. El proceso cautelar en este momento se encuentra priorizando el derecho a la tutela, ya que estarían postergando la posibilidad de una defensa de la parte afectada. El accionar del legislador se encuentra fundamentada respecto a el peligro de la demora, porque si se le otorga a la parte, afecta la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa y poder plantear una oposición antes del auto confirmatorio de la medida cautelar. Devendría en una inminente demora en su aprobación, aplicación y con el riesgo de que los bienes desaparezcan y al final del proceso la sentencia no se pueda ejecutar. Es más, se podrían generar plazos similares al del proceso principal, haciendo inútil la aplicación de un proceso

cautelar, es aquí donde se presenta la necesidad de la restricción al derecho a la defensa, la que está reservada para el momento de la oposición.

Entonces, se entra en una fase del proceso, donde para proteger el derecho a la tutela cautelar, es necesario que se apliquen restricciones al derecho a la defensa. Por ello, surge el tiempo contradictorio, en donde primeramente se tendría que plantear la oposición en todo su contexto, tanto en la forma y fondo. El proceso de contestación en uso del derecho contradictorio se lleva a cabo en favor del principio de igualdad de las partes, para luego agotado este mecanismo de defensa recurrir a la impugnación y en donde se hace necesario respetar el principio de doble instancia, celeridad y económica procesal, en busca de que el proceso cautelar no se dilate, ya que por la misma naturaleza del proceso cautelar obliga al órgano jurisdiccional a proceder con prontitud en el desarrollo del proceso.

Y es así que, para que la tutela cautelar sea efectiva, se tienen que cumplir con todos los principios mencionados y con aquellos derechos conexos a estos para poder garantizar que el aspecto urgente de la medida cautelar sea respetada. Se evitará así dilataciones innecesarias procurando un proceso sencillo, rápido y eficaz. Toda vez que la medida cautelar tiene como finalidad que el demandante haga efectiva su sentencia, y como sostiene Rioja (2017) «De esta manera se garantiza de que no solo se va obtener una simple declaración respecto de su derecho, sino que su pretensión va a ser amparada de modo efectivo». (p. 317)

5. ¿Oposición o apelación contra el auto cautelar?

Dentro de este criterio, es posible que proceda tanto la apelación como la oposición, ya que el artículo 637 del Código Procesal Civil, que regula el accionar procesal en contra del auto cautelar, reconoce a la oposición como herramienta procesal para dicho acto y también se puede apelar en forma directa. Sin embargo, en un principio se reconocía a la apelación como único medio de acción en contra del auto cautelar, cuando se dio el Código Procesal Civil en el año 1993 en el articulado 637.º y que fue ratificado mediante el Decreto Legislativo n.º 1069 en el año 2008. El texto original decía «[...] al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior se notifica al afectado quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación que será concedida sin efecto suspensivo [...]». Es decir, la ley en los procesos cautelares permitía tan solo la apelación en contra del auto que las aprobaba la medida cautelar. Además, en dicho momento, la oposición era considerada como un simple elemento argumentativo en uso del derecho a la contradicción.

Pero con el transcurrir del tiempo, mediante la Ley n.º 29384 del 2009 se hace una modificación a dicho artículo. Se evidencia que se hace una adición

al proceso cautelar permitiendo a la parte afectada formular oposición dentro de un plazo determinado, el cual es de cinco días desde el momento de que se tomase conocimiento de dicha resolución (no necesariamente que se le notifique) de índole cautelar. Igualmente, de ser concedida se haría sin efecto suspensivo. Esto implicaría que la medida cautelar siga su curso y se haga efectiva mientras que aún está en proceso de resolverse la oposición interpuestas. Por supuesto si dicha oposición es amparada se deberá dejar sin efecto a la medida cautelar, en este caso la resolución que resuelve el recurso puede ser apelado.

Esta norma antes de su modificación creaba una situación de indefensión, ya que el derecho a la defensa no podía ser aplicado directamente en contra de la resolución que dictaba la medida cautelar, dada la celeridad del proceso, hasta que se pueda ejercer un recurso de apelación. La medida ya habría entrado en la etapa ejecución, si es que la medida cautelar no tuviese los fundamentos necesarios o contase con vicio o error. Mientras que esto se determine mediante la apelación, nos encontraríamos ante una situación donde los efectos estarían en un actual ejercicio, por lo que el daño ya se habría consumado.

Con la modificación del 2009, incorporándose la oposición como medio de defensa, se podría hacer un tratamiento mucho más efectivo de la medida cautelar, a pesar de que la oposición también es un medio impugnatorio, porque trata de revocar dicha resolución por el mismo magistrado que lo emitió. Sin embargo, considero que esto podría mejorar si nuestra norma previera que ante la oposición previamente el juzgado califique dicha solicitud, y si considera que falta algún requisito de forma y fondo pueda ser subsanado en el término de tres días, esto en mérito al Principio de Igualdad de las Partes y de ahí recién pronunciarse, y como quiera que lo resuelto puede ser apelado, así en segunda instancia se tenga todos los elementos para un pronunciamiento de fondo, sin que implique el de conceder dicha medida cautelar.

En relación a esta naturaleza cautelar de celeridad y urgencia, se evidencia que es necesario que no exista una contestación a la solicitud de medida cautelar por evadir trabas procesales. Además, es necesario que el proceso tome en cuenta que la oposición es un acto que puede resolverse en menor tiempo que una apelación. Bajo esta perspectiva se puede decir que la oposición obedece mejor a la celeridad y economía procesal presente en el proceso cautelar, pero con la salvedad que hay que mejorar dicha institución: No solo eso, sino que una vez subsanado, tanto los requisitos de forma y de fondo, el juez deberá correr traslado por el término de tres días al solicitante de la medida cautelar a efecto que absuelva lo alegado por el oponente y de ahí recién resolver dicha oposición. Esto implica que si existiera apelación

en segunda instancia se va a tener todos los elementos necesarios para un pronunciamiento de fondo.

Siendo así, después de haber realizado la oposición y ante una resolución desfavorable se opte por la apelación, lo que conllevaría a que en segunda instancia se tenga todos los elementos necesarios para un pronunciamiento de fondo o una nulidad si no se hubiera motivado conforme a ley. Este tiene su fundamento en lo que dispone la parte final del artículo 610 del Código Procesal Civil: «La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad». Entonces se podría decir que la apelación es un recurso más después de haberse resuelto la oposición, pues en la actualidad existe un desorden y por el cual se hace necesario que exista orden, ya que no es coherente que habiendo apelado un auto cautelar luego se interponga la oposición.

Es indudable que la casuística en los juzgados evidencia un uso indiscriminado de la oposición como de la apelación. El problema no es el uso de estos recursos, sino que se hace sin orden ni proceso definido y suelen haber variantes respecto a cada caso, ya que en teoría la ley lo permite, pero en realidad existe una deficiencia en su regulación. Se plantea por ello que se haga uso de ambos, tanto de la oposición como de la apelación, pero que se establezca un orden de aplicación el cual se expondrá en el siguiente título.

6. Precisión para una mejor aplicación de la oposición y la apelación contra auto cautelar

Si bien es cierto, que los casos causan muchas variantes en el proceso, también es cierto que se puede establecer una forma general para una aplicación con mayor efectividad, por ello se propone como solución que se regulen dos supuestos bien definidos dentro del proceso cautelar respecto tanto a la oposición como a la apelación.

En primer lugar en relación al demandado (oposición) el modelo actual que se da en el articulado 637 del Código Procesal Civil, una vez dictada la medida cautelar considero que el demandado debe (forma imperativa) oponerse dentro de los cinco días siguientes de que toma conocimiento de la resolución cautelar y no dejarse al arbitrio del demandado en oponerse o apelar. Al recibir dicho recurso, el magistrado previamente deberá calificar los requisitos de dicha oposición, tanto en la forma como en el fondo. Si considera que no cumple, deberá otorgarle el plazo de tres días a efecto de que subsane, en concordancia con el artículo 426 del Código Procesal Civil e incluso puede solicitarle las pruebas que considere al caso concreto. Esto en razón como lo sostiene Ledesma (2013) «La bilateralidad se cumple luego de efectivizada la medida» (p. 603). Es más, Priori (2011) reafirma mi posición

que tiene base constitucional que «de otro lado, tenemos a la persona que podría verse afectada con la resolución cautelar. Ella tiene derecho a ejercer su derecho de defensa frente a dicho pedido. La Constitución es clara cuando sostiene que no se puede privar el derecho de defensa en ningún estado del proceso» (p. 418).

Luego de correr traslado al solicitante por el termino de tres días, tenemos presente que ya el solicitante tiene un derecho otorgado y no se justifica que se resuelva sin escuchar a ambas partes. Es por ello que el solicitante podrá absolver con las pruebas al caso concreto, ya que no se justifica que se le quite tal derecho sin escucharle o defenderse. Así que el solicitante pueda absolver los términos de dicha oposición a quien se le faculta presentar todas las pruebas pertinentes a efecto de seguir sosteniendo su medida cautelar y luego después que el magistrado ha escuchado ambas posiciones, en mérito al principio de igualdad de las partes.

No obstante, si la resolución le es desfavorable para el oponente, tendría cinco días para apelar la que se concederá sin efecto suspensivo y sin la calidad diferida. El superior teniendo todos los elementos de ambas partes pueda emitir una resolución confirmatorio o nulificante, mas no revocatoria, ya que esto quebrantaría el Principio de la Doble Instancia. Esto tiene su fundamento en la última parte del artículo 611 del Código Procesal Civil cuando establece que «la decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad»; implica así para que se anula por falta de motivación, y volverá al magistrado de primera instancia para que se motive bien su resolución. Si confirma la denegatoria, simplemente bajará a primera instancia para que en su oportunidad se ejecute el bien embargado. Para esto se tienen en cuenta lo expuesto por la profesora Ariano citado por Veramendi (p. 155). Afirma que esto ha dado muchos dolores de cabeza a los jueces de apelación que no saben si en caso que se den los presupuestos de la cautela deben conceder o más bien anular disponiendo que el a quo «conceda». Es más, el profesor argentino Brace (2005) citado por Veramendi (p. 155), manifiesta que «esta carece de potestad para resolver sobre la medida que no ha sido decidido en 1.ra instancia».

El segundo supuesto en relación a la apelación del solicitante. Se considera que el magistrado tiene facultad ante la solicitud de la medida cautelar para calificar dicha solicitud si cumple o no con los requisitos de forma y de fondo e incluso podría solicitar las pruebas pertinentes al caso concreto. Es por ello, que puede declarar previamente inadmisibile y conceder el plazo de tres días para que subsane y, luego, de subsanado el magistrado sin conocimiento de la parte afectada, podrá expedir la resolución que concede o deniega la medida cautelar y si esta fuera desfavorable el solicitante podrá apelar. Ledesma (2013) afirma: «A pesar que el texto actual no haga referencia

a ello, consideramos que no hay impedimento o prohibición alguna que impida que el juez requiera mayor información» (p. 602). Más aún Peláez (2007) refiere que «la doctrina aconseja que, ante un requerimiento cautelar, el juzgador debe actuar con criterio amplio, pero a la vez con sentido de responsabilidad (p. 340).

Y de igual manera el superior resolverá sin notificar al demandado. Como en el caso anterior, el superior solo tendrá facultades nulificante o confirmatoria mas no revocatoria. Esto con la finalidad de que sea el juez de primera instancia si lo considera pertinente conceder la medida cautelar y sea en dicha instancia que se procede a la oposición y se realice todo el tramite antes especificado y resuelva la oposición y no se dé ese desorden que existe en la actualidad y sobre todo se garantice la igualdad de las partes y el principio de la doble instancia, y no como está regulado en la actualidad.

Por ello, se considera una propuesta saludable que el superior solo confirme o declare nula la decisión cautelar. Es por ello que no se comparte con lo dispuesto en el Pleno Civil y Procesal Civil que ha establecido si el superior jerárquico concede la medida cautelar va a bajar dicho proceso al juez de primera instancia para que se interponga la oposición. Se considera que la mejor opción es la planteada, teniendo en cuenta que el órgano de primera instancia no tiene las facultades para evaluar una resolución emitida por el órgano de segunda instancia que ha concedido la medida cautelar.

Se sabe que la apelación según su naturaleza requiere que un órgano jerárquicamente superior de quien emitió la resolución, realice la revisión de dicha disposición. En este contexto, Ledesma (2018) refiere: «La apelación es una expresión del sistema de instancia plural» (p. 17). Esta situación no se cumple en relación a lo aprobado por el pleno, ya que si se interpone una apelación contra auto de segunda instancia que concedió la medida cautelar. A falta de más juzgados superiores, sería este mismo juzgado superior quien tendría que resolver la apelación, lo que como se mencionó rompería con la naturaleza de la apelación. Y si bien «el pleno por mayoría llegó al conceso que, el órgano jurisdiccional competente para conocer la oposición interpuesta contra la medida cautelar concedida por el superior es el órgano jurisdiccional que actúa como primera instancia» (Legis.pe, 2019, p. 2), tampoco resuelve el problema y más bien se considera que este consenso es erróneo ya que como se explicó por orden jerárquico resulta en un imposible procesal que un órgano de menor jerarquía realice una revisión a una resolución emitida por un órgano superior.

7. Una mejor opción en relación al pleno jurisdiccional respecto a la oposición contra auto cautelar en segunda instancia

Dentro del Pleno Civil y Procesal Civil celebrado el 2019 plantearon diversos temas, entre ellos como segundo tema, dispusieron la oposición cautelar concedida por el órgano superior. La problemática es directamente ¿qué órgano es el competente para resolver la oposición formulada cuando una medida cautelar es concedida por el superior en vía de apelación? Existen solo dos posibles respuestas: la primera será que el órgano jurisdiccional del «*ad quo*» (primera instancia) sea quien deba conocer y resolver dicha oposición, presentándose como la primera ponencia. Sin embargo, la segunda sustenta que quien debe resolver la oposición es el órgano jerárquico superior que concedió la medida.

Una vez que la oposición se haya convertido en el medio de defensa del demandado, así como en su medio impugnatorio, como ya se mencionó, se acepta que la oposición cuenta con una naturaleza compartida. Por tanto, por un lado, tendrá un cuerpo contradictorio y, por otro, una forma de recurso en este punto ya analizado en la naturaleza de la oposición. Estos permiten solucionar las controversias surgidas dentro del proceso de la oposición contra auto cautelar, el cual no va a ser posible que se dé en segunda instancia.

El segundo supuesto aprobado por el pleno se considera que al encontrarse en segunda instancia este órgano solo tendría facultad nulificante o confirmatoria. Esto con la finalidad de que al bajar los actuados a primera instancia es donde se debe interponer oposición y luego la apelación. Esta propuesta es la que solucionaría el problema que existe en la actualidad.

Esto teniendo como referencia al artículo 39 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual regula que las salas de segunda instancia deben participar del proceso como última ratio. Es decir que se da en situaciones en las cuales se requiera una segunda revisión del proceso como única instancia, relacionados con el proceso principal y en resolución de sentencias. Sin embargo, cuando se trata de autos de vista, autos de cuadernos incidentales se plantean que no se puede formular oposición o apelación, si es que han sido resueltos por el órgano jurisdiccional de segunda instancia; es necesario que se tenga en consideración la propuesta planteada.

Como ya se hizo mención, no se comparte con la ponencia aprobada, pues considera que no se ha tenido en cuenta que la misma norma da pautas de cómo se debería actuar en segunda instancia, ya que si después de haber realizado todo el trámite propuesto para conceder la medida cautelar y luego resolver la oposición, ya en segunda instancia se tendría un panorama de todos los elementos necesarios con las pruebas aportadas de ambas partes.

Y así con todos estos elementos el superior jerárquico solo tendría facultad de confirmatoria o nulificante, a efecto de que sea el juzgado de primera instancia que le otorgue la medida cautelar y es ahí en donde se tiene que oponer y recién apelar lo resuelto por el magistrado. Lo que implica que la resolución que resuelve la oposición, al ser emitido en primera instancia, sería ante este mismo órgano jurisdiccional donde se presentaría la apelación para que sea evaluado en segunda instancia.

Resulta ilógico que una decisión que otorga la medida cautelar en segunda instancia luego baje a primera instancia y ahí se oponga, es decir que el juez de primera instancia deje sin efecto el auto emitida por órgano de segunda instancia. Así pierde eficacia la oposición en dichas circunstancias porque el juez de primera instancia no puede revisar o reevaluar lo emitido por un órgano jurisdiccional superior, ya que existe una jerarquía que se debe respetar. Este aspecto inclusive se encuentra protegido por la constitución en su articulado 139 en su inciso 6, respecto a la pluralidad de instancias, infiriendo que al existir dentro de la estructura jurisdiccional la doble instancia. Esto tiene su razón de ser que las resoluciones emitidas por los órganos inferiores sean dilucidadas por su superior jerárquico, y no al revés. Es por ello, que la ponencia aprobada es inclusive hasta inconstitucional.

8. Material y métodos

Para la investigación del presente trabajo se realizó estudio de los antecedentes de la norma como los Diario de los Debates de la Segunda Legislatura Ordinaria de 2008, el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derecho Humanos el Proyecto Ley n.º 3079/2008 – CR del 19 de marzo del 2009, el Proyecto de Ley n.º 29384, Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, la doctrina nacional y extranjera. Se ha tenido en cuenta el efecto de cómo lo va a regular dicha institución jurídica y es por ello es que se concluye como se puede aún mejorar dicha institución jurídica de la oposición y apelación de la medida cautelar. Se aplicó como método el descriptivo-analítico.

9. Resultados

Siendo este trabajo de investigación descriptiva y analítica, se ha llegado como resultado a que es necesario mejorar la institución jurídica de la oposición y las facultades de segunda instancia ante una medida cautelar en el artículo 637 del Código Procesal Civil y en donde se resumen con este cuadro para una mejor aplicación de la norma:



Es decir, que ante una solicitud de medida cautelar el juez de primera instancia al calificar dicha solicitud deberá analizar si cumple con los requisitos de forma o fondo previstos en los artículos 610 y 611 del Código Procesal Civil; caso contrario, deberá concederle el plazo de tres días para que subsane dichas omisiones. Esto al amparo de lo que dispone el artículo 426 toda vez que estamos ante una pretensión del solicitante o demandante y realizando una interpretación sistemática de las normas. Es así que luego de las pruebas aportadas el juez deberá resolver, declarando fundada o infundada la medida cautelar.

Si fuera declarada fundada, y después de que «toma conocimiento» el demandado deberá de oponerse en donde tendrá igual derecho que el solicitante. Es decir, podrá pronunciarse sobre el fondo y la forma de la medida solicitada; incluso puede solicitar variación del bien, monto y todo lo que considere pertinente para su defensa. Luego, será calificado por el juez; y si considera que no lo ha realizado conforme a ley, también le concederá el plazo de tres días para que subsane, esto en mérito al principio de igualdad de las partes. Y al calificar ya esta oposición se deberá correr traslado al solicitante por el termino de tres días para que absuelva y ejerza su defensa respecto a la opinión realizada por el demandado. Recién después de este contradictorio el juez tiene todos los elementos necesarios para declarar fundada o infundada la oposición.

En segunda instancia (el superior), ya sea que apele el solicitante o el demandado en ambos casos solo tendría facultades de nulificar o confirmar las pretensiones de las partes. Si revocaría y otorgaría la medida cautelar, se produciría la incertidumbre que existe en la actualidad, ¿quién es el que va a resolver la oposición? Es por ello que hemos sostenido que dicho planteamiento está en la norma en la parte final del artículo 611 del Código Procesal Civil. Así la oposición se tendrá que plantear necesariamente ante el órgano de primera instancia y es quien resuelve para luego en segunda instancia dar solución a la apelación. Así se cumpliría con el principio de pluralidad de instancia.

10. Discusión

Concluida la presente investigación, se puede decir que con la modificatoria del artículo 637 del Código Procesal Civil a través Ley n.º 29384 del 28 de junio del 2009, no se cumple la anhelada seguridad jurídica a los justiciables quienes han visto relegado su derecho de contradecir a la medida cautelar. Han transcurrido más de once años y la incertidumbre y el desorden impera en la institución jurídica de la oposición y las facultades de segunda instancia. Más aun como lo sostiene Valverde (2010) que la ley antes referida «no establece propiamente una noción de la figura de la oposición» (p. 271).

Es ante el desorden de la norma y al no haberse establecido un orden para ejercitar dicho recursos, es que a través del presente trabajo se ha propuesto que debe existir un orden desde el momento en que se solicita la medida cautelar y en donde el magistrado de primera instancia está facultado antes de admitir, calificar lo solicitado, aplicar la igualdad de las partes, luego resolver. De igual forma, cuando le corresponda oponerse el demandado tendrá igual derecho, y ante la resolución denegatoria recién podrá apelar. Se establece en forma clara las facultades nulificante o confirmatoria a la segunda instancia.

Esta posición que se ve reforzada por profesor argentino Bacre citado por Veramendi (2011): «El conocimiento de alzada se encuentra limitado por la demanda impugnativa o expresión de agravios; por lo tanto, esta carece de potestad para resolver sobre la medida cautelar que no ha sido decidido en 1.ª instancia» (p. 155). Esto en merito a que la legislación argentina ha establecido en su artículo 198 del Código Procesal Civil y Comercial que «la providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también, será admisible la apelación, subsidiaria o directa». Siendo así, vemos como se regula primeramente la oposición, luego la apelación subsidiaria o directa. Estas dos propuestas han sido desarrolladas en el presente trabajo y se espera que se tenga en cuenta para mejorar la institución jurídica de la oposición y la facultad de segunda instancia en las medidas cautelares.

Toda vez que el Pleno Jurisdiccional desarrollado sobre la oposición va en contra de los principios de celeridad y economía procesal, se debe bajar los actuados al órgano de primera instancia. Para que resuelva la oposición conlleva un tiempo que pueden resultar meses de espera dada la carga procesal. Por practicidad procesal sería establecer un orden. Así ante una resolución que concede la medida cautelar el justiciable puede oponerse dentro del término de cinco días. Luego, se puede correr traslado al solicitante con igual plazo para ser resuelto por el juez de primera instancia, quien tendría que resolverlo. Consideramos así, que con este orden específico de la

norma se evitaría todo el problema del trámite de medida cautelar que existe en la actualidad.

11. Conclusión

La notificación en el proceso cautelar al realizarse con posteridad a la emisión del auto cautelar, se encuentra priorizando el derecho a la tutela toda vez que se estarían postergando la posibilidad de una defensa de la parte afectada y en donde el accionar del legislador se encuentra fundamentada respecto al peligro de la demora. Si se le otorga a la parte afecta la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa y poder plantear una oposición antes del auto confirmatorio de la medida cautelar, devendría en una inminente demora en su aprobación y con el riesgo de desaparecer los bienes. Aunado a ello, se corre el riesgo de generar plazos similares al del proceso principal, haciendo inútil la aplicación de un proceso cautelar, porque resultaría ineficaz al momento de ejecutar la sentencia.

La naturaleza de la oposición sigue una teoría de naturaleza dual, en donde la parte afectada al hacer uso de la oposición en contra del auto cautelar está ejerciendo tanto su derecho a la defensa ejercida a manera de medio contradictorio, como su derecho a la impugnación ejercida a manera de recurso. Por ello, la oposición tendrá un cuerpo contradictorio con una forma de recurso.

Se ha propuesto la forma de aplicar la oposición y la apelación contra auto cautelar a fin de que esta tenga una mayor efectividad, dándole un orden y dos grandes soluciones: una para la oposición en donde no solo se cuestione la forma y otra para los presupuestos. Esto se tendrá que cuestionar desde la «verosimilitud del derecho invocado», «el peligro de demora» y la «adecuación» e incluso pedir la variación y otros que considere pertinente a su defensa; esto incluye de ante mano a los requisitos que formaron parte del otorgamiento. Y en segundo lugar en relación a las facultades de según da instancia respecto a la apelación que solo tiene facultades confirmatorias o nulificante. Es necesario plantear este orden, para una mayor claridad en los operadores del derecho.

Respecto al Pleno Jurisprudencial, que favorece a la segunda ponencia plasmada, se ha llegado a la conclusión que es hasta inconstitucional, ya que resulta ilógico que una decisión de un órgano de segunda instancia pueda ser revisado y reevaluado por un órgano inferior de primera instancia, esto cuando se concede la medida cautelar por el juez superior. Pues, como se sabe, existe una jerarquía que se debe respetar; más bien la solución se encuentra en la parte final del artículo 611 del Código Procesal Civil y el cual es necesario aplicarlo, haciendo una interpretación sistemática de las normas.

Referencia

- Alarcón, G. (2015). *La oposición contra las medidas cautelares como requisito para postular apelación en los procesos civiles y constitucionales* [tesis de titulación, Universidad Privada Antenor Orrego].
- Guerra, C. M. (2016). *La apelación en el proceso civil*. Gaceta Jurídica S.A.
- Ledesma, N. M. (2013). *La tutela cautelar en el proceso civil*. Gaceta Jurídica.
- Lujan, S. H. (2018). *La medida cautelar-casos especiales de procedencia e improcedencia*. Instituto Pacífico S.A.C.
- Legis.pe. (25 de noviembre de 2019). *¡Atención! Lea las conclusiones de IPleno*
- Peláez, B. M. (2007). *El proceso cautelar*. Editora Jurídica Grijley.
- Pérez, C. (2010). *Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Priori, G. (2011). *La oposición a las medidas cautelares*. ADVOCATUS, 0(24), 413 - 431.
- Rioja, B.A. (2017). *El proceso cautelar: Una mirada a sus particularidades en el proceso civil*. Gaceta jurídica, Tomo 54.
- Valverde, A. (2010). La oposición en la tutela cautelar ¿contradictorio en el procedimiento cautelar? *Revista Jurídica del Perú*, 110, 265-276.
- Veramendi, E. (s.f.). *La impugnación de desición cautelar: a propisito de la oposición*. Boletín. Derecho, 1-25.
- Viera, R. (26 de abril de 2011). *La oposición y levantamiento de la medida cautelar*. IUS ET VERITAS 43, 166 - 181.

Diario de debates, Dictamen de la Comisión de Justicia, Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil y otros

- Diario de los Debates 2039 14.^a B Sesión (matinal) 4-6-2009 de la Segunda Legislatura Ordinaria de 2008 - Tomo III - Diario de los Debates 14.^a B Sesión (Matinal) jueves 4 de junio de 2008
- Dictamen de la Comisión de Justicia y Derecho Humanos el Proyecto Ley n.º 3079/2008 – CR del 19 de marzo de 2009.
- Congreso de la República (28 de junio de 2008). *El Peruano*. Decreto Legislativo n.º 1069. <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01069.pdf>
- Ley n.º 29384 de fecha 28 de junio de 2009.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2018) Resolución Ministerial n.º 0070-2018-JUS Lima, 5 marzo 2018, por la cual se disponer la publicación del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil presentado por el Grupo de Trabajo constituido mediante Resolución Ministerial n.º 0181-2017-JUS, conjuntamente con su Exposición de Motivos, en el Portal Institucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humano.

Centro de Investigaciones Judiciales. (2019). *Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil*. Poder Judicial del Perú.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ley 17.454 Buenos Aires, 18 de agosto de 1981 Boletín Oficial, 27 de agosto de 1981.gob.ar/17454-nacional-codigo-procesal-civil-comercial-nacion-lns0004592-1981-08-18/123456789-0abc-defg.4000scanyel?&o=20&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia/Vigent