

Responsabilidad civil y medidas provisionales: Breves anotaciones a la propuesta de reforma del Código Procesal Civil peruano

Civil liability and provisional measures: Brief notes to the proposed reform of the Peruvian Civil Procedure Code

Héctor Campos García^{* **}

Resumen:

Mediante el presente artículo, el autor realiza un análisis respecto del proyecto de reforma del Código Procesal Civil del Perú con relación a los cambios en la responsabilidad civil por la actuación de medidas cautelares reguladas en el actual código, ello dentro del marco del tránsito a una nueva concepción de tutela provisional, de mayores alcances que la tutela cautelar. Con este fin, el artículo presenta el cambio conceptual introducido en el proyecto, los supuestos más comunes de responsabilidad civil en estos casos y las obligaciones de indemnización por daños y perjuicios. Se concluye con algunas propuestas normativas al respecto.

Abstract:

Through this article, the author makes an analysis regarding the reform bill of the Civil Procedure Code of Peru in relation to changes in civil liability for the action of precautionary measures regulated in the current code, within the framework of the transition to a new conception of provisional protection, of greater scope than the precautionary protection. To this end, the article presents the conceptual change introduced in the project, the most common cases of civil liability and the obligations of compensation for damages. It concludes with some normative proposals in this regard.

Palabras clave:

Responsabilidad Civil – Medida provisional – Medida cautelar – Medida anticipada – Indemnización – Código Procesal Civil – Reforma

Keywords:

Civil Liability – Provisional measure – Precautionary measure – Preventive measure – Compensation – Civil Procedure Code – Reform

Sumario:

1. A modo de introducción: objetivo y orden de la exposición – 2. Premisa: el cambio de paradigma, de la tutela cautelar a la tutela provisional – 3. Las hipótesis normativas de responsabilidad civil por actuación de medidas provisionales en el Proyecto – 4. El tratamiento normativo de la obligación resarcitoria y de la caución procesal provisional en el Proyecto – 5. A modo de conclusión: propuestas normativas – 6. Fuentes de información

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios de especialización a nivel de posgrado en Contratos y Responsabilidad por la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la PUCP y en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Secretario Técnico del Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Civil. Integrante de la delegación peruana del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (Gadal). Asociado de Linares Abogados (Área de prevención y solución de conflictos en materia civil y comercial). Correo: hcampos@linaresabogados.com.pe

** Quiero expresar mi agradecimiento al profesor Renzo Cavani por haber revisado las versiones preliminares del presente documento y haber formulado apreciaciones críticas y discrepantes sobre el particular.

1. A modo de introducción: objetivo y orden de la exposición

A través de la Resolución Ministerial N° 0299-2016-JUS, modificada por Resolución Ministerial N° 0181-2017-JUS, el Ministerio de Justicia constituyó el Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras respecto del Código Procesal Civil¹ (en adelante, CPC).

El Grupo de Trabajo ha elaborado un Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil (en adelante, el Proyecto) el cual contiene una serie de interesantes propuestas, dentro de las cuales se sugiere modificar el deficiente estado actual del régimen referido a la responsabilidad civil por la actuación de resoluciones cautelares.

En este contexto, el objetivo del presente trabajo consiste en analizar las propuestas normativas referidas a la temática apenas mencionada; para cumplir con el mismo, procederé de la manera que se indica a continuación.

En primer lugar, mostraré el cambio de concepción dogmática que incorpora el Proyecto al establecer un régimen de "tutela provisional" que comprenda a la tutela cautelar. En segundo lugar, analizaré las hipótesis más comunes de responsabilidad civil derivada de la "tutela provisional". En tercer lugar, estudiaré las propuestas referidas a la caución y la obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados del uso de la "tutela provisional". Finalmente, concluiré con algunas propuestas normativas concretas que puedan servir de insumo para el debate que corresponde realizar luego de la publicación del Proyecto.

2. Premisa: de la tutela cautelar a la tutela provisional

Una de las principales modificaciones del Proyecto se aprecia en el cambio de concepción dogmática respecto del tratamiento normativo que debe recibir la tutela cautelar.

En efecto, mientras que en el CPC, en el Título IV de la Sección Quinta (Procesos Contenciosos), se dispone una regulación especial para el "Proceso cautelar"; el Proyecto ha convenido en regular, bajo una perspectiva técnica, la "Tutela provisional" con un alcance que no se limita a la tutela cautelar, sino que comprende también a la tutela anticipada.

Los alcances de la "tutela provisional" son expuestos en el artículo 608 del Proyecto en los siguientes términos:

Artículo 608.- Finalidad.

"Todo juez competente, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, a solicitud de parte puede otorgar medidas provisionales idóneas para garantizar la eficacia de la sentencia estimatoria de la pretensión que pudiera dictar en el futuro o anticipar los efectos de la tutela solicitada, evitando que la duración del proceso afecte al titular de la pretensión". (el subrayado es añadido)

Tal como se puede apreciar, la disposición normativa en cuestión diferencia dos tipos de finalidades disímiles; por un lado, la garantía de la eficacia de la sentencia estimatoria de la pretensión (tutela cautelar); y, por otro lado, la anticipación de los efectos de la tutela solicitada (tutela anticipada).

Sobre el particular, la Exposición de motivos señala lo siguiente:

"La diferencia esencial entre ellas es el peligro en la demora que se exige como presupuesto esencial de la tutela cautelar y en la función satisfactiva o no de la tutela, característica que es esencial a la tutela anticipada".

Bajo los términos apenas expuestos, parece que se plantea diferenciar ambos tipos de tutela en función de dos parámetros concretos: (i) el peligro en la demora (perfil estructural); y, (ii) la función satisfactiva de la tutela (perfil funcional).

Desde el perfil estructural, el Proyecto busca resaltar que si bien el peligro en la demora es indispensable para la procedencia de la tutela cautelar², aquel no es el único presupuesto con el que cuenta la tutela

1 El Grupo de Trabajo estuvo presidido por Giovanni Francezco Priori Posada. Conformaron el Grupo los siguientes profesores: Dante Ludwig Apolín Meza (vicepresidente), Juan Luis Avendaño Valdez, Mario Luis Reggiardo Saavedra, Eleuterio Nelson Ramírez Jiménez, Martín Alejandro Hurtado Reyes, Carmen Julia Cabello Matamala, Juan Eulogio Morales Godo, Renzo Ivo Cavani Brain, Christian Alex Delgado Suárez; y, Rolando Alfonso Martel Chang. La Secretaría Técnica estuvo a cargo de Martín Alejandro Sotero Garzón.

2 **Proyecto de reforma de CPC. Artículo 613.- Presupuestos para la concesión de la medida cautelar.**

"El juez concederá medida cautelar siempre que:

1. Advierta que **el tiempo que dure el proceso podría poner en riesgo la eficacia de la tutela jurisdiccional** que se otorgaría si se amparase la pretensión demandada.
2. Advierta la probabilidad de amparar la pretensión demandada.
3. Establezca que la medida solicitada es adecuada para garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional que se otorgue de ampararse la pretensión demandada". (el énfasis es añadido).

anticipada conforme se puede apreciar en el artículo 614 del Proyecto³. A su turno, desde el perfil funcional, el Proyecto reconoce que la tutela cautelar no tiene fines satisfactivos⁴, dejando dicha finalidad, dentro de la tutela provisional, exclusivamente a la tutela anticipada.

No obstante lo anterior, no se debe perder de vista que la anticipación de tutela, antes que un mecanismo de tutela⁵ propiamente dicho, es una técnica procesal⁶; y, en tanto tal, se encuentra en un plano que corre en paralelo a la tutela material asegurativa o satisfactiva; y, en consecuencia, no se opone a ninguna de las dos.

Si bien lo previamente indicado respecto de la anticipación de tutela no es la visión que ha asumido el Proyecto, aunque hubiese sido deseable que lo sea ya que precisar la diferencia esbozada no solo es labor de la doctrina, es loable la intención que subyace al mismo de modernizar el tratamiento de la tutela provisional (procesal) de las situaciones jurídicas subjetivas materiales.

Y si bien aún es posible realizar algunas adecuaciones terminológicas⁷, nos encontramos ante una propuesta que invita al intérprete a revistarla con detenimiento, ya que solo entendiendo la lógica subyacente a la propuesta de modificación es que se puede ingresar a análisis más focalizado, como el de la responsabilidad por la actuación de medidas provisionales.

3. Las hipótesis normativas de responsabilidad civil por actuación de medidas provisionales en el Proyecto

Cuando enfrentamos el problema de la responsabilidad civil por la actuación de la “tutela” provisional es posible reconocer, por lo menos, tres hipótesis conceptuales típicas.

A saber:

- (i) la responsabilidad del solicitante de la medida cautelar por la afectación de la esfera jurídica del demandado (o demandante, si la medida cautelar se pidió en el ámbito de una reconvencción),
- (ii) la responsabilidad civil del solicitante de la medida cautelar por la afectación de la esfera jurídica de un tercero ajeno al proceso; y,
- (iii) la responsabilidad civil del órgano jurisdiccional (juez, secretario o especialista) por la actuación de medidas cautelares.

3 Proyecto de reforma de CPC. Artículo 614.- Presupuestos para la concesión de una medida anticipada.

“El juez concede una medida anticipada siempre que:

1. Adverta que **se cumplen los presupuestos previstos en los incisos 1 y 2** del artículo 613 de este Libro, o cuando el demandado haya sido declarado rebelde o ejerza abusivamente su derecho de defensa, o si su defensa se sustenta en argumentos manifiestamente inconsistentes, o pretendan desconocer lo establecido como precedente vinculante por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional.
2. Adverta que la medida solicitada es coincidente total o parcialmente con la pretensión planteada en la demanda”. (el énfasis es añadido).

4 Proyecto de reforma de CPC. Artículo 609.- Tutela cautelar.

“A solicitud de parte, el juez competente puede conceder la medida cautelar que considere idónea para garantizar la efectividad de una probable sentencia estimatoria frente a un peligro en la demora. **La medida cautelar no tiene fines satisfactivos**”. (el énfasis es añadido).

5 En doctrina nacional se afirma la existencia de una tutela anticipada como complementaria a la tutela cautelar. (Ledesma Naváez, 2008: 37-38; Guerra Cerrón, 2010: 78-79; y Martínez Letona, 2015: 174-193).

6 Sobre el particular, bajo el entendimiento que la tutela cautelar es una manifestación del derecho material, conviene evocar lo planteado por Daniel MITIDIERO quien ha indicado con claridad la diferencia entre la técnica anticipatoria y la tutela (cautelar o satisfactiva) en los siguientes términos: “La *técnica anticipatoria se refiere apenas al momento en que la tutela es prestada y al módulo de cognición vinculado a aquél*. La tutela satisfactiva realiza inmediatamente el derecho anticipado (combate el peligro en la tardanza), tanto para prevenir ilícitos y/o daños. La tutela cautelar solamente asegura la posibilidad de disfrute futuro del derecho cautelado (combate apenas el peligro de infructuosidad), y en nada perjudica el resultado del proceso que se orienta a la prestación de la tutela satisfactiva (las medidas cautelares son neutras frente al resultado del proceso principal)”. (2013: 49). Desde otra perspectiva, que no coloca a la tutela cautelar en el plano material, se encuentran los planteamientos que en su momento formularan Fredie DIDIER JUNIOR, Paula Sarno BRAGA y Rafael Santos de OLIVEIRA en los siguientes términos: “Muchos confunden la *tutela anticipada* (provisoria) con la *tutela cautelar* (definitiva). Poseen puntos en común, es verdad, pero no dejan de ser sustancialmente distintas. Rigurosamente, poseen naturaleza jurídicas distintas: una, la tutela anticipada, es una *técnica procesal*; (...)” (2010:339). En doctrina nacional se ha cuestionado que la tutela anticipatoria sea un autónomo mecanismo de tutela (Ariano Deho, 2003: 709-710). Desde una perspectiva diversa, pero precisando que la anticipación de tutela es una técnica procesal puede verse a Renzo CAVANI. (2014: 36-61)

7 En efecto, a pesar de que en el Proyecto la tutela provisional supera a la tutela cautelar, se sigue haciendo alusión solo a esta última en las siguientes disposiciones normativas: art. 121 (Decretos, autos y sentencias), art. 463 (Rebeldía y medidas cautelares), art. 530 (posesión provisoria), art. 603 (Interdicto de recobrar), art. 616 (Límites), art. 617 (Solicitud de medida provisional con sentencia favorable), art. 619 (Reposición y levantamiento por modificación de circunstancias), art. 626 (Formación del expediente), art. 634 (Medida provisional y sentencia desfavorable), art. 635 (Levantamiento de la medida), art. 641 (Responsabilidad del juez y del secretario). La adecuación terminológica es importante, ya que dado el carácter comprensivo de la tutela provisional, tanto de la tutela cautelar como de la tutela anticipada, el mantener la denominación “medida cautelar” podría ser interpretado como una restricción en cuanto al alcance de la disposición normativa en cuestión, lo cual, salvo hipótesis precisas indicadas por el legislador -y que no son las indicadas previamente-, no parece ser su intención dado el carácter general de las disposiciones aludidas previamente.

El Proyecto enfrenta las hipótesis antes mencionadas, bajo el entendimiento, claro está, de que nos encontramos ante la tutela provisional. A continuación, se presentarán algunos comentarios puntuales a cada una de ellas desde la perspectiva de la responsabilidad civil.

3.1. La responsabilidad civil del solicitante de la medida provisional por la afectación de la esfera jurídica de su contraparte procesal

Esta hipótesis normativa se encuentra regulada en los artículos 637⁸ y 638⁹ del Proyecto. Sobre el particular realizaré tres comentarios.

En primer lugar, el Proyecto no se limita, como lo hace el actual artículo 621 del CPC¹⁰, a reconocer como único acto generador de responsabilidad al hecho que se declare infundada la demanda, ya que incluye, junto con dicho supuesto, una variedad de hipótesis reconocidas en el artículo 635 del Proyecto¹¹.

A pesar de que bastaría alegar el carácter atípico de la responsabilidad civil extracontractual para justificar, bajo el estado actual de la normativa, la inclusión de hipótesis diferentes a la que se encuentra prevista (Campos García, 2016: 759), es preciso calificar como positiva la propuesta, ya que con ello se evitan las interpretaciones tendientes a restringir la actuación de la tutela resarcitoria en el ámbito procesal cautelar (y provisional).

Asimismo, conviene indicar que se ha precisado que el momento para valorar la responsabilidad del solicitante de la medida provisional es cuando se emita la resolución firme que dispone la conclusión del proceso, reconociendo con ello el carácter complejo del acto generador de responsabilidad al requerirse no solo de pronunciamientos en el incidente procesal de la medida provisional, sino en el proceso de fondo.

En esa línea, entonces, se entiende que incluso en el numeral 3 (levantamiento de medida provisional por emisión de sentencia en primera instancia que declare infundada o improcedente la demanda) y, en el numeral 4 (levantamiento de medida provisional por revocación del juez superior) del artículo 635 del Proyecto será necesario la conclusión del proceso mediante sentencia firme para determinar la responsabilidad civil, de ser el caso.

En segundo lugar, el Proyecto se ha pronunciado respecto al tratamiento del criterio de imputación aplicable a las hipótesis previstas en su artículo 635, indicando que la responsabilidad civil del solicitante

8 Proyecto de reforma del CPC. Artículo 637.- Responsabilidad.

"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.

En los casos previstos en los incisos 1 al 4 del artículo 635, 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.

Al momento de establecer la responsabilidad, el juez establece la condena de las costas y costos y puede imponer una multa no menor de 50 ni mayor a 100 Unidades de Referencia Procesal si advierte que el solicitante actuó con mala fe".

9 Proyecto de reforma del CPC. Artículo 638.- Procedimiento.

"El pedido de indemnización se tramita en el mismo cuaderno en el que se tramitó la medida provisional. El afectado con la medida debe precisar la cuantía del daño y adjuntar a su pedido los medios probatorios pertinentes. El juez corre traslado del pedido al beneficiado con la medida provisional por un plazo de seis días y, con su absolución o sin ella, resuelve.

El monto indemnizatorio dispuesto por el juez debe justificarse en los medios probatorios ofrecidos. Cuando por la naturaleza del daño no pueda establecerse de manera precisa el monto indemnizatorio, el juez podrá establecerlo en base a un criterio equitativo.

La resolución que se pronuncia sobre el pedido de indemnización es apelable sin efecto suspensivo. Contra la resolución que resuelve el pedido en segunda instancia no cabe recurso de casación".

10 Código Procesal Civil. Artículo 621.- Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa.- "Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. (...)".

11 Proyecto de reforma del CPC. 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.

(...)"

procede sin que sea necesario determinar la existencia de dolo o culpa, a diferencia del silencio existente en el artículo 621 del CPC¹².

Si bien se indica que se prescinde del dolo o la culpa para la determinación de responsabilidad en el solicitante, no queda claro si con ello se ha optado por una responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba, como sucede en el artículo 1969 del Código civil (en adelante, CC); o, si se ha querido reconocer una responsabilidad objetiva sobre la base de un criterio de imputación diferente al de la culpa, como sucede en el artículo 1970 del CC.

Esta dualidad de interpretaciones se presenta dada la articulación actual del sistema de responsabilidad civil extracontractual del CC que reconoce una inversión de la carga de la prueba para la responsabilidad subjetiva, la cual no se encuentra en la legislación comparada en materia de responsabilidad civil extracontractual.

Es por ello que la sola mención a la prescindencia del dolo o culpa para valorar la responsabilidad aquiliana, en el ordenamiento peruano, no conlleva, automáticamente, a establecer una responsabilidad de carácter objetivo, siendo necesario, desde mi punto de vista, dejar claramente establecida la posición del legislador en este extremo.

Por ello, en la medida que entiendo que la precisión realizada en el Proyecto tiene la vocación de reconocer una responsabilidad de tipo objetiva; dada la regulación actual del CC, sería conveniente aclarar el sentido de la disposición normativa.

La precisión podría darse en los siguientes términos: "(...) el solicitante de la medida provisional será responsable objetivamente por los daños y perjuicios originados, sin que sea necesario determinar la existencia de dolo o culpa".

En tercer lugar, siempre bajo la premisa de que nos encontremos ante una responsabilidad objetiva, resulta cuestionable que todas las hipótesis del artículo 635 del Proyecto se coloquen como escenarios de este tipo de responsabilidad (objetiva).

Por un lado, no llega a quedar claro la razón por la que el numeral 3 del citado artículo 635 del Proyecto¹³ (cuando se dicte una sentencia que declara infundada la demanda que sustenta la medida provisional) amerite una responsabilidad de carácter objetivo.

Y es que en este caso, desde una perspectiva que toma en consideración las capacidades de prevención de los litigantes respecto del resultado del proceso, nos llevaría, desde la lógica de la responsabilidad civil¹⁴ e

12 El silencio en cuanto al tratamiento del criterio de imputación ha generado una variedad de posiciones en doctrina, los cuales han sido cabalmente resumidos por Enrique Palacios Pareja y César Carlin Ronquillo (2015: 231-235).

13 **Proyecto de reforma del CPC. Artículo 635.- Levantamiento de la medida.**

"Las medidas provisionales pierden eficacia en los siguientes casos:

(...)

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.

(...);"

14 En este extremo estamos tomando partido, de forma expresa, por aquel enfoque que hace depender el criterio de imputación de un análisis de las capacidades de prevención de los sujetos que, causalmente, se encuentran vinculados por la producción de un daño. Cabe indicar que existen aproximaciones alternativas; así, por ejemplo, cabe destacar la posición de Mario BARCELLONA (2018: 1-11) (2011: 165-171), quien sobre la base de distinguir entre conflictos ocasionales y modales considera que mientras los primeros se resuelven a través de criterios que miden el riesgo (y distingue por ello entre riesgos tolerables y riesgos intolerables, como la culpa o la responsabilidad objetiva), los segundos recurren a criterios de dimensionamiento funcional frente a problemas de disfuncionalidad sistémica (por ejemplo, la intención de dañar, la buena fe *-buona fede-* o la corrección *-correttezza-*); de donde se desprende que, para el caso de actuaciones procesales, como la cautelar o provisional, no serían de aplicación criterios de imputación basados en la culpa o el riesgo, ya que nos encontraríamos ante conflictos modales que, por su particular naturaleza (ejercicio de los poderes de interferencia *desviado* o *desproporcionado* o *desleal*), se resuelven a través del recurso a la temeridad o la mala fe procesal. La tesis apenas expuesta, antes que solucionar el problema de la resarcibilidad del daño, que era su objetivo central, tiene como grandes virtudes; en primer lugar, el poner de manifiesto la autonomía del dolo (que es en realidad lo que subyace a todas las hipótesis de desvío funcional identificadas por el autor) como criterio de imputación en ciertos casos, identificados como conflictos modales por el autor, que claramente escapan a una lógica basada en la culpa o riesgo, sean que se expliquen, o no, a través de un análisis de capacidades de prevención; y en segundo lugar, que el reconocimiento del dolo como criterio de imputación es una forma perfectamente válida (y por ende compatible) para hacer frente a hipótesis dañosas desde la perspectiva (conservativa) de la responsabilidad civil.

Sin embargo, dado que la posición apenas reseñada reduce los conflictos aquilianos a solo una dualidad de conflictos, al parecer incompatible, respetuosamente expreso mi discrepancia. Y es que, si bien existe el reparo teórico respecto a considerar, por ejemplo, que el "perjuicio abusivo" es el criterio de imputación aplicable a los supuestos de conflictos modales, toda vez que el abuso antes

incluso del derecho procesal¹⁵, a reconocer una responsabilidad de tipo subjetiva.

Por otro lado, salta la duda respecto a si la hipótesis prevista en el segundo párrafo del artículo 634 del Proyecto¹⁶, referida a los daños derivados de la demora en retrotraer las cosas al estado anterior luego de la sentencia declare infundada la demanda o reconvencción, al estar fuera de las hipótesis del artículo 635, se deba enmarcar bajo los cánones de la responsabilidad subjetiva, entendida esta, por una lectura a contrario de lo dispuesto en el artículo 637 del Proyecto, como una que sí requiere del dolo o culpa para la imputación de responsabilidad.

Para este último caso en concreto, de considerarse que la responsabilidad es subjetiva, como considero que debe ser por las capacidades de prevención bilaterales que se configuran entre las partes del proceso, ya que de ambas depende el retrotraer las cosas al estado anterior, se podría añadir en el segundo párrafo del artículo 634 del Proyecto lo siguiente:“(…). La responsabilidad es subjetiva de conformidad con lo dispuesto por el CC”.

3.2. La responsabilidad civil del solicitante de la medida provisional por la afectación de la esfera jurídica de un tercero al proceso

El Proyecto ha destinado el artículo 640¹⁷ a la regulación de esta hipótesis de responsabilidad civil y, con ello, ha buscado simplificar en el artículo 624 del CPC¹⁸. Esta propuesta me induce a realizar dos comentarios en particular.

En primer lugar, me llama la atención que, a diferencia del caso en el cual la medida provisional afecta a la contraparte en el proceso, no se haya hecho mención alguna al tratamiento del criterio de imputación aplicable al solicitante de la medida provisional que afectó el patrimonio del tercero.

Bajo la situación actual del Proyecto, al solo haberse previsto la prescindencia del dolo o la culpa en el artículo 637, se arribaría a la necesaria conclusión que, en el caso del artículo 640, la responsabilidad sí requiere del dolo y la culpa para su determinación; y, en el mejor de los casos se podría considerar de aplicación la inversión de la carga de la prueba del artículo 1969 del CC.

que un criterio de imputación es un acto generador de responsabilidad, siendo que el dolo se constituye como el concreto criterio de imputación, generándose con ello una superposición de planos dispares; lo que importa, desde una perspectiva práctica, es que si se toma partido por la tesis expuesta resultará imposible establecer o reconocer supuestos de responsabilidad objetiva en aquellos conflictos denominados como modales; siendo que, curiosamente, en los casos de responsabilidad civil en materia de actuación de medidas cautelares (y provisionales) en particular, se admite, no sin reservas claro está, la presencia de supuestos de responsabilidad objetiva, tal como lo hace el Proyecto que es objeto de comentario.

Ahora bien, soy consciente que el discurso respecto de las capacidades de prevención surge en un escenario diferente al que se presenta en el contexto de un conflicto procesal. También creo que es posible que los magistrados puedan incurrir en responsabilidad, siempre que se presenten las condiciones para ello, al momento de decidir si se concede o no una medida cautelar (o provisional). Sin embargo, creo que ello no es óbice para impedir, *a priori*, la búsqueda de una lógica preventiva a la responsabilidad civil en un escenario tan sensible como lo es el de actuación de medidas cautelares (y provisionales), buscando con ello prevenir la solicitud de medidas cautelares sin fundamento.

15 Bajo la perspectiva del propio derecho procesal, se ha cuestionado que en esta hipótesis (proceso principal concluido con demanda infundada o improcedente) la responsabilidad por la ejecución de medidas provisionales pueda ser considerada como objetiva. Sobre el particular Daniel MITIDIERO ha indicado que: “Sin embargo, no es posible reconocer la existencia de *responsabilidad objetiva* cuando la parte logra obtener *anticipación de tutela* -sea cautelar, sea satisfactiva- y *posteriormente el pedido final es decidido definitivamente infundado*. Hacerlo importaría eliminar la existencia de un *efectivo juicio de cognición sumaria* sobre la probabilidad de existencia del derecho. Si la tutela sumaria es necesaria y debida conforme la apreciación sumaria del juicio, volverla posteriormente indebida y atribuir responsabilidad objetiva por su disfrute implica ignorar la efectiva *existencia* de la decisión que anteriormente la concedió. En otras palabras, significa desconsiderar el juicio sumario, como si nunca hubiese existido, eliminándolo retroactivamente. Es claro que el juez puede considerar inexistente el derecho antes reconocido como probable. No puede, sin embargo, eliminar la existencia del juicio sumario. El juicio de cognición plena sustituye al juicio sumario, pero no elimina su existencia. En esos casos, la *responsabilidad civil por el disfrute de la anticipación de tutela depende de la alegación y prueba de dolo o culpa. vale decir: es subjetiva y no objetiva*” (2013: 142-143).

16 **Proyecto de reforma del CPC. Artículo 634.- Medida provisional y sentencia desfavorable.**

“Cuando la sentencia que declara infundada la demanda o reconvencción queda firme, el juez dispone el inmediato levantamiento de todas las medidas provisionales que hubiera dictado y dispone todos los actos necesarios a volver las cosas al estado anterior al dictado de las medidas.

El juez, el especialista, el beneficiado con la medida cautelar y su abogado son responsables solidarios por todos los daños que se originen como consecuencia de la demora en retrotraer las cosas al estado anterior”.

17 **Proyecto de reforma del CPC. Artículo 640.- Responsabilidad por afectación de bien de tercero.**

“En los casos en los que la medida provisional haya afectado a un tercero ajeno al proceso este podrá solicitar la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 31 y 32”.

18 **Código Procesal Civil. Artículo 624.- Responsabilidad por afectación de bien de tercero.** “Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado, el Juez ordenará su desafectación inmediata, incluso si la medida no se hubiera formalizado. El peticionante pagará las costas y costos del proceso cautelar y en atención a las circunstancias perderá la contracautela en favor del propietario. Si se acredita la mala fe del peticionante, se le impondrá una multa no mayor de treinta Unidades de Referencia Procesal, oficiándose al Ministerio Público para los efectos del proceso penal a que hubiere lugar”.

Sin embargo, dado que hasta la ejecución de la medida provisional, el tercero no puede hacer nada para evitar el daño, siempre bajo un criterio que analiza las capacidades de prevención, entonces dado que dichas capacidades para evitarlo solo estarían a cargo del solicitante, ello nos llevaría al ámbito de la responsabilidad objetiva.

Por lo indicado en el párrafo anterior, podría considerarse añadir en el artículo 640 del Proyecto lo siguiente: "(...) podrá solicitar la indemnización de daños y perjuicios, bajo un régimen de responsabilidad objetiva, conforme a (...)".

En segundo lugar, se aprecia que no hay una remisión al régimen procedimental del artículo 638 del Proyecto, y si bien el artículo 110 del Proyecto¹⁹ podría orientar la interpretación; la referencia a los artículos 31²⁰ (prevención de la competencia funcional) y 32²¹ (competencia por conexión) de la misma propuesta normativa, podría generar algunos problemas interpretativos.

Para entender ello se debe reparar en que el Proyecto propone derogar el régimen de tercería contenido en el Subcapítulo 5 del Capítulo II (Disposiciones especiales) del Título II (Proceso abreviado) de la Sección Quinta (Procesos contenciosos) del CPC, y en su reemplazo se establece²² un régimen de tercería excluyente regulado en el Título 2 del Subcapítulo 5 (Intervenciones especiales) del Capítulo II (Proceso de ejecución de títulos extrajudiciales) del Título V (Ejecución).

Ahora bien, si la tercería excluyente, por aplicación del artículo 713-E del Proyecto²³, será de competencia del juez que dictó la medida provisional, y solo se debatirá respecto de la desafectación, entonces se genera la duda respecto a si el trámite de la indemnización que reclame el tercero se tramitará en el cuaderno en que se tramitó la medida cautelar o en el cuaderno de la pretensión planteada en la demanda del proceso principal.

Si bien lo lógico parece ser que la indemnización se tramite en el cuaderno en el que se tramitó la medida provisional, en ese caso, el reenvío podría ser al artículo 638 del Proyecto, antes que a los artículos 31 y 32 que no permiten, a primera impresión, absolver con claridad el trámite para este pedido indemnizatorio.

3.3. La responsabilidad civil del órgano jurisdiccional por los daños causados en la actuación de la medida provisional

La regulación normativa de esta hipótesis descansa en los artículos 639²⁴ y 641²⁵ del Proyecto.

19 Proyecto de reforma del CPC Artículo 110.- Responsabilidad patrimonial de las partes, sus Abogados, sus representantes y los sujetos legitimados.

"Cuando en el proceso se acredite cualquier conducta contraria a la lealtad y buena fe procesales, el juez, independientemente de las costas que correspondan, impone una multa no menor de diez ni mayor de cien Unidades de Referencia Procesal.

Las partes, sus abogados, sus representantes y los demás sujetos legitimados responden por los daños resarcibles que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe, lo que se tramitará como incidente siendo aplicable supletoriamente el procedimiento previsto en el artículo 638 de este Código".

20 Proyecto de reforma del CPC. Artículo 31. Prevención de la competencia funcional

"En primera instancia la prevención solo es procedente por razón de territorio.

En segunda instancia previene el órgano jurisdiccional que conoce primero el proceso. Este conocimiento se tiene efectuado por la realización de la primera notificación. Sin embargo, en los casos en los que el conocimiento del proceso se dé a consecuencia de un recurso de queja, solo se dará la prevención cuando la queja sea declarada fundada".

21 Proyecto de reforma del CPC. Artículo 32.- Competencia por conexión

"Es competente para conocer la pretensión conexa, el juez de la pretensión planteada en la demanda".

22 En la Exposición de motivos se justifica la modificación en los siguientes términos: "Con la regulación [que no considera como un proceso autónomo a la tercería] de estas intervenciones buscan solucionarse diversos problemas, tales como: evitar la suspensión del remate mientras se resuelve la tercería; la posibilidad de oponer cualquier derecho –y no solo el de propiedad– en la tercería excluyente que sea incompatible con la ejecución forzada; los criterios para rechazar la intervención en la tercería excluyente (aprovechando las reglas dictadas en el VII Pleno Casatorio); la posibilidad de que el demandante de la tercería de pago vea declarado su derecho y, además, que participe en la ejecución, entre otros".

23 Proyecto de reforma del CPC. Artículo 713-E. Competencia.

"Todo juez que dicta una medida provisional, acto ejecutivo o medida ejecutiva es competente para conocer los pedidos de intervención regulados en este subcapítulo, debiendo aplicar sus disposiciones para garantizar el derecho defensa y contradictorio del interviniente y de las partes de la ejecución. Esta norma se aplica a los procesos penales, laborales, contencioso-administrativos o cualquier otro proceso regulado por leyes especiales.

En caso la medida provisional, acto ejecutivo o medida ejecutiva fuera dictada por un ejecutor coactivo, el juez competente para determinar la preferencia del pago es el que conoce la ejecución".

24 Proyecto de reforma del CPC. Artículo 639.- Deterioro o pérdida de bien afecto a medida provisional.

"El peticionante de la medida y el órgano de auxilio judicial respectivo, son responsables solidarios por el deterioro o la pérdida del bien afecto a medida provisional. Este pedido se tramitará conforme a lo previsto en el artículo 638".

25 Proyecto de reforma del CPC. Artículo 641.- Responsabilidad del juez y del secretario.

"Cuando el juez designa el órgano de auxilio judicial es civilmente responsable por el deterioro o pérdida del bien sujeto a medida provisional causado por dicho órgano cuando su designación es manifiestamente inidónea. En este caso, es sometido al procedimiento especial establecido en este Código.

En líneas generales se repite el tratamiento existente en los actuales 622²⁶ y 626²⁷ del CPC, pero con algunas precisiones que merecen ser comentadas. En concreto realizaré dos comentarios.

En primer lugar, se mantiene el régimen de responsabilidad directa del magistrado por los daños causados por el órgano de auxilio judicial por la pérdida o deterioro del bien sujeto a una medida provisional.

Adviértase que en este escenario nos encontramos ante el reconocimiento expreso de una actividad negligente²⁸ por parte del magistrado (*culpa in eligendo*), dada la manifiesta (antes ostensible) inidoneidad de la designación del órgano de auxilio judicial, y no en un supuesto de responsabilidad vicaria o por hecho ajeno, en donde el magistrado respondería objetiva y solidariamente por los daños generados por el órgano de auxilio.

No obstante ello, la responsabilidad solidaria en esta hipótesis no debe verse negada, ya que podrá recurrirse a lo dispuesto en el artículo 1983 del CC²⁹; y, en consecuencia, al ser el magistrado cocausante del daño la víctima podrá dirigirse por el íntegro de la indemnización de daños y perjuicios, a su elección, contra el órgano de auxilio o el magistrado; con la consecuente posibilidad de establecer la cuantificación necesaria en la relaciones internas entre ellos, para efectos del reembolso que se pueda generar.

En segundo lugar, llama la atención que para hacer alusión a la responsabilidad por daños y perjuicios a cargo del secretario, no se emplee, tal como indica ahora el artículo 626 del CPC, la referencia a una “sanción” que deberá ser aplicada por el juez a pedido de parte, sino que se haga referencia, simplemente, a la procedencia del resarcimiento del daño, siempre a pedido de parte.

Desde la perspectiva de la responsabilidad civil dicha modificación es positiva, ya que coadyuva a comprender que aquella no debe ser entendida como una sanción, sino como un mecanismo de tutela civil contra los daños; y en ese sentido, corre en paralelo con otros mecanismos de tutela jurídica, tales como la restitución o la inhibición.

En un contexto, como el actual, en la cual la jurisprudencia incorpora sin mayor reflexión categorías tales como los *punitive damages*³⁰, conviene afirmar -cada vez que ello sea posible- que la responsabilidad civil, antes que una sanción, debe ser vista como un instrumento que permita la satisfacción, en el sentido lato del término, del interés de la víctima; así como la prevención en las actividades generadoras de daño.

Luego de realizados los comentarios concernientes a las hipótesis principales de responsabilidad civil por medidas provisionales, pasemos al análisis de la consecuencia que genera este tipo de escenarios: la obligación resarcitoria.

4. El tratamiento normativo de la obligación resarcitoria y de la caución procesal provisional en el Proyecto

El Proyecto, a diferencia del CPC que contiene una regulación dispersa de la contracautela, propone regular en los artículos 642³¹,

El secretario interviniente es responsable cuando los daños y perjuicios se originan por su negligencia al ejecutar la medida cautelar. El juez establece el resarcimiento a pedido de parte, oyendo al presunto infractor y actuándose pericia si lo considera necesario. El trámite se realiza en el cuaderno de medida provisional. La decisión es apelable con efecto suspensivo”.

26 **Código Procesal Civil. Artículo 622.- Deterioro o pérdida de bien afecto a medida cautelar.**

“El peticionante de la medida y el órgano de auxilio judicial respectivo, son responsables solidarios por el deterioro o la pérdida del bien afecto a medida cautelar. Esta responsabilidad es regulada y establecida por el Juez de la demanda siguiendo el trámite previsto en el artículo 621”.

27 **Código Procesal Civil. Artículo 626.- Responsabilidad del juez y del secretario.**

“Cuando el juez designa el órgano de auxilio judicial, es civilmente responsable por el deterioro o pérdida del bien sujeto a medida cautelar causado por éste cuando su designación hubiese sido ostensiblemente inidónea. En este caso, es sometido al procedimiento especial establecido en este Código.

El secretario interviniente es responsable cuando los daños y perjuicios se originan por su negligencia al ejecutar la medida cautelar. La sanción la aplicará el Juez a pedido de parte, oyendo al presunto infractor y actuándose pericia si lo considera necesario. El trámite se realiza en el cuaderno de medida cautelar. La decisión es apelable con efecto suspensivo”.

28 Lo cual es coherente con la regulación de la responsabilidad civil de los jueces establecida en el Proyecto en los arts. 509 al 518.

29 **Código civil. Artículo 1983°.-** “Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales”.

30 Nos referimos con ello al V y VI Plenos Jurisdiccionales Supremos en materia laboral y previsional, publicados el 04 de agosto de 2017 y el 21 de diciembre de 2017, respectivamente.

31 **Proyecto de reforma del CPC. Artículo 642.- Caución.**

“El solicitante de una medida provisional responde con el todo su patrimonio por los daños y perjuicios que produzca la medida provisional solicitada.

La caución es una garantía específica del pago de la indemnización por los daños y perjuicios que pudiera causar la medida provisional. Esta caución debe ser ofrecida al solicitar la medida provisional.

643³², 644³³ y 645³⁴ el régimen legal aplicable a la caución. En esta ocasión, me preocuparé por desarrollar cuatro comentarios puntuales.

En primer lugar, antes de pronunciarme respecto de la caución, es indispensable que aluda a la obligación que es objeto de garantía³⁵; esto es, a la obligación de indemnización de daños y perjuicios, y en específico, a su cuantificación.

Hace bien el Proyecto cuando exige que el afectado con la medida provisional deba precisar la cuantía del daño y adjuntar los medios probatorios correspondientes; sin embargo, llama la atención que en el propio artículo 638 se indique lo siguiente:

“Cuando por la naturaleza del daño no pueda establecerse de manera precisa el monto indemnizatorio, el juez podrá establecerlo en base a un criterio equitativo”.

La disposición normativa apenas transcrita es de suma importancia, ya que coadyuva a romper los binomios daño material-cuantificable y daño moral-estimable; toda vez que, bajo una línea interpretativa³⁶ del artículo 1332 del CC, independientemente del tipo de daño (material o moral) en particular será posible que el magistrado determine la cuantía de forma equitativa, ante la imposibilidad o imprecisión de establecerse el monto de la indemnización.

En otros términos, queda claro que la disposición normativa en cuestión resulta de aplicación para el daño moral; sin embargo, tal como se ha propuesto el artículo, no se agotaría en aquel, sino que será perfectamente posible que, por ejemplo, para los casos de lucro cesante o incluso daño emergente, el magistrado también pueda recurrir a la equidad como criterio de cuantificación de los daños.

Si esta es la intención del Proyecto, a fin de evitar problemas innecesarios, debería indicarse ello expresamente; por ejemplo, señalando que: “Cuando por la naturaleza del daño, sea material o moral, no se pueda establecer de manera precisa el monto indemnizatorio, (...)”.

La admisión de la caución, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida provisional. La caución puede ser de naturaleza real o personal, pero el juez puede exonerar del ofrecimiento de caución solo en los casos establecidos en el artículo 179. En ningún caso es admisible la caución juratoria. La caución de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece. El juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente”.

32 **Proyecto de reforma del CPC. Artículo 643.- Determinación del monto de la caución.**

“Para fijar el monto de la caución, el juez debe tener en cuenta la naturaleza y cuantía de los daños que podría originar la ejecución de la medida y un monto adicional por las posibles costas y costos que pueden generarse.

El juez podrá reducir el monto de la caución en los casos en los que aprecie una alta probabilidad de que emita una sentencia favorable”.

33 **Proyecto de reforma del CPC. Artículo 644.- Ejecución de la caución.**

“La caución es ejecutada en el mismo cuaderno en el que se tramitó la medida provisional a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y previo traslado de la otra parte. Si la caución no fuera suficiente para cubrir la indemnización por los daños establecidos por el juez, este podrá disponer la afectación de bienes del solicitante con la finalidad de satisfacer el cobro de la indemnización.

Cuando se admite la caución sometida a plazo, esta queda sin efecto, al igual que la medida provisional, si el solicitante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo”.

34 **Proyecto de reforma del CPC. Artículo (sic) 645.- Exonerados de ofrecer caución.**

“Están exonerados de ofrecer caución:

1. Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las Universidades.
2. Las partes a las que se le ha concedido auxilio judicial.
3. Los demandantes en los procesos de familia en los que se formulen pretensiones relativas a la tutela de derechos no patrimoniales de los niños y adolescentes y alimentos.
4. Las personas bajo el régimen de asistencia o con capacidad de ejercicio restringida en las pretensiones relativas a su capacidad.

Sin embargo, estas personas y entidades no están exoneradas de la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que cause la medida provisional solicitada a la que se refieren los artículos 637 y 638 de este capítulo”.

35 Que la naturaleza de la caución, como lo es el de la contracautela en el actual CPC, es la de una garantía lo ha dejado claramente establecido el legislador. Así por ejemplo, en el artículo 644 del Proyecto se ha indicado que: “(...) Si la caución no fuera suficiente para cubrir la indemnización por los daños establecidos por el juez, este podrá disponer la afectación de bienes del solicitante con la finalidad de satisfacer el cobro de la indemnización”. En este caso, podría incorporarse la situación inversa; es decir, que en caso el monto de la caución sea superior al monto de los daños sufridos, entonces debe restituirse al solicitante el exceso de la caución. Sobre la naturaleza de la caución contracautela, como garantía, nos permitimos reenviar a lo indicado por Héctor Campos García (2015: 180-184).

36 En la doctrina civil, se inclina por esta lectura amplia del artículo 1332 el profesor Gastón Fernández Cruz, (2015: 513). En contra, Leysser León Hilario señala lo siguiente: “El codificador ha dispuesto que aun en ausencia de pruebas concretas sobre la cuantificación del daño sufrido, el juzgador puede efectuar la valorización según el criterio de equidad (art. 1332° CC). La norma está escrita con carácter tan general que no existe impedimento literal para la cuantificación según equidad del daño emergente. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, sobre la base de información histórica y de las experiencias jurídicas comparadas, que la equidad como criterio excepcional de cuantificación del resarcimiento ha sido propuesta, especialmente, para la valorización de los daños morales, es decir, de aquellos que no admiten una estimación directa. No habría razón para que el demandante que pretende un resarcimiento por daño emergente no ofrezca el material probatorio que sustente su pedido” (2016: 59-60).

En segundo lugar, ya ingresando al tratamiento de la caución propiamente dicha, es interesante encontrar la consagración legislativa³⁷ de la responsabilidad patrimonial, cuando se indica en el artículo 642 del Proyecto que: "El solicitante de una medida provisional responde con el (*sic*) todo su patrimonio por los daños y perjuicios que produzca la medida provisional solicitada"

En principio, la responsabilidad patrimonial³⁸, si bien tiene una importancia indudable en materia procesal, antes que una institución propia de esta área, pertenece al derecho material, por lo que considero que, desde una perspectiva sistemática, es el CC el cuerpo normativo natural en el cual se debe hacer mención expresa a la misma.

No obstante ello, *per se* no se debe considerar como negativa la incorporación de esta regulación en el Proyecto, ya que ayuda a apreciar el verdadero alcance de la institución³⁹.

En todo caso, si en algún lugar dentro del CPC debe estar presente dicha regulación, no debe ser en el artículo 642 del Proyecto, sino, precisamente, para remarcar el carácter general del instituto, en el artículo 110 del Proyecto, claro está, con las adecuaciones que este dispositivo tenga con ocasión de incorporar los escenarios de responsabilidad objetiva.

En tercer lugar, es menester que me pronuncie respecto de la regulación que el Proyecto le da a la determinación del monto de la caución, lo cual constituye una verdadera novedad en nuestra legislación ante el silencio que guarda nuestro actual CPC sobre el particular.

El artículo 643 del Proyecto indica que para fijar el monto de la caución el juez deberá tener en cuenta los siguientes criterios; a saber: (i) la naturaleza de los daños, (ii) la cuantía de los daños; y, (iii) un monto adicional por las costas y costos.

Si bien los criterios mencionados por el legislador son aleccionadores y permitirán que la doctrina los desarrolle, creo que dada la oportunidad es preferible establecer criterios más precisos, más aún cuando se han sugerido ya algunos en sede nacional (Monroy Gálvez, 1987: 30; Monroy Palacios, 2003: 274; y Reggiardo, 2015: 221-223); ya que de lo contrario se podría terminar entendiendo que se equipara el monto de la caución con el monto de la eventual indemnización de daños y perjuicios, lo cual constituye un equívoco patente.

Desde mi perspectiva (Campos García, 2015: 203-209) los criterios para la cuantificación de la caución, y que podrían considerarse en el Proyecto, son los siguientes: (i) la probabilidad de que el daño global (al afectado y al tercero) se produzca, (ii) la estimación de los daños que se deriven de la medida provisional; y, (iii) la solvencia económica y la disponibilidad de pago del solicitante.

Finalmente, merece un comentario el segundo párrafo del artículo 643 del Proyecto en el cual se establece una correlación entre el monto de la caución y la probabilidad de que se emita una sentencia favorable.

Con ello, el Proyecto se aleja del sector de nuestra doctrina (Monroy Palacios, 2003: 275-277; y Priori Posada, 2006: 100) que ha estado en contra de tal posibilidad. Esta doctrina justifica su posición en el hecho que el análisis para los presupuestos de la tutela cautelar y el de la cuantificación de la caución pertenece a momentos diferentes, estando el primero referido a la concesión de la tutela, mientras que el segundo a la ejecución de la misma; por lo que, no podrían interpolarse.

En esta sede es donde se ven las ventajas de que se consigne a la probabilidad de que el daño global se produzca como un criterio para cuantificar la caución, y no solo hacer referencia a la naturaleza y cuantía del daño.

37 Sin embargo, no es el único caso en el cual se hace mención a la responsabilidad patrimonial en el Proyecto, así por ejemplo, en el artículo 658, bajo la sumilla expresa de responsabilidad patrimonial, se indica que: "El ejecutado responde con todos sus bienes presentes y futuros para el cumplimiento de sus obligaciones, salvo las restricciones establecidas por la ley".

38 Sobre el particular, dentro de una vasta bibliografía, se puede indicar a lo escrito por Vincenzo Roppo (1997); Federico Roselli (2010); Maria Porcelli (2011); y Girolamo Monteleone (1993: 326-335).

39 En realidad su incorporación es beneficiosa, ya que, entendemos, que con ello se justifica la eliminación de la "caución juratoria" como un mecanismo de garantía. (Reggiardo, 2015: 224-226; y Campos García, 2015: 194-195)

Así, en el artículo 642 del Proyecto se indica lo siguiente: "La caución puede ser de naturaleza real o personal, pero el juez puede exonerar del ofrecimiento de caución solo en los casos establecidos en el artículo 179. En ningún caso es admisible la caución juratoria".

Sobre este dispositivo normativo, nos permitimos realizar una precisión ulterior. En este caso, la referencia al artículo 179 del Proyecto, que regula el auxilio judicial, podría ser más precisa si se hace mención al artículo 645 del Proyecto en el cual se mencionan los escenarios en donde procede la exoneración de ofrecer caución, los que incluyen, en el numeral 2, "las partes a las que se le ha concedido el auxilio judicial"; pero no se limita a dicha hipótesis.

Y es que solo se puede explicar la correlación entre verosimilitud en el derecho y el monto de la caución, si es que se comprende que este se fija en función de la probabilidad del daño -el cual depende a su vez de la verosimilitud⁴⁰- y no del daño mismo, con lo que concuerdo con lo indicado en este extremo en Proyecto y discrepo, respetuosamente, de las posiciones doctrinarias antes aludidas.

Así las cosas y sobre la base de argumentos históricos y de derecho comparado (Campos García, 2015: 203-209), es posible establecer lo siguiente: (i) una mayor verosimilitud del derecho incide en una caución de monto menor, (ii) una menor verosimilitud del derecho incide en una caución de monto mayor; y, (iii) la ausencia de verosimilitud del derecho no puede ser reemplazada por la constitución de una caución.

5. A modo de conclusión: propuestas normativas

La posibilidad de someter a crítica un Proyecto que busca proponer mejoras a cualquier normativa es una actividad académicamente desafiante, pero que siempre debe ser realizada dentro del marco del respeto por el pensamiento ajeno y por el esfuerzo del trabajo efectuado.

En esa línea, y sabiendo que la posición de quien critica o comenta siempre es más cómoda de aquel que propone, creo que la mejor forma de concluir estas breves líneas es con sugerencias concretas de propuestas normativas al régimen de la responsabilidad por ejecución de medidas provisionales y caución:

Propuesta de reforma del CPC. Artículo 110.- Responsabilidad patrimonial de las partes, sus Abogados, sus representantes y los sujetos legitimados

"Las partes, sus abogados, sus representantes y los demás sujetos legitimados responden con todo su patrimonio por los daños y perjuicios que produzcan sus actuaciones procesales.

La responsabilidad civil de los sujetos a que se refiere el párrafo anterior depende de que las actuaciones procesales se hayan realizado de forma temerarias o de mala fe o bajo un régimen de responsabilidad objetiva, lo que se tramitará como incidente, siendo aplicable supletoriamente el procedimiento previsto en el artículo 638 de este Código.

Cuando en el proceso se acredite cualquier conducta contraria a la lealtad y buena fe procesales, el juez, independientemente de las costas que correspondan, impone una multa no menor de diez ni mayor de cien Unidades de Referencia Procesal".

Proyecto de reforma del CPC. Artículo 634.- Medida provisional y sentencia desfavorable

"Cuando la sentencia que declara infundada la demanda o reconvenición queda firme, el juez dispone el inmediato levantamiento de todas las medidas provisionales que hubiera dictado y dispone todos los actos necesarios a volver las cosas al estado anterior al dictado de las medidas.

El juez, el especialista, el beneficiado con la medida cautelar y su abogado son responsables solidarios por todos los daños que se originen como consecuencia de la demora en retrotraer las cosas al estado anterior. La responsabilidad civil del beneficiado es subjetiva de conformidad con el Código Civil. La responsabilidad civil del Juez y del especialista se regula por lo previsto en el presente Código".

Propuesta de reforma del CPC. Artículo 637.- Responsabilidad

"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.

En los casos previstos en los incisos 1, 2 y 4 del artículo 635, el solicitante de la medida provisional será responsable objetivamente por los daños y perjuicios originados, sin que sea necesario determinar la existencia de dolo o culpa. En el caso del inciso previsto en el numeral 3, la responsabilidad del solicitante será subjetiva y se regirá por lo dispuesto en el Código Civil.

Al momento de establecer la responsabilidad, el juez establece la condena de las costas y costos y puede imponer una multa no menor de 50 ni mayor a 100 Unidades de Referencia Procesal si advierte que el solicitante actuó con mala fe".

40 Sobre el alcance de la noción de verosimilitud es de revisión lo expuesto por Renzo Cavani. (2015: 73-88)

Propuesta de reforma del CPC. Artículo 638.- Procedimiento

“El pedido de indemnización se tramita en el mismo cuaderno en el que se tramitó la medida provisional. El afectado con la medida debe precisar la cuantía del daño y adjuntar a su pedido los medios probatorios pertinentes. El juez corre traslado del pedido al beneficiado con la medida provisional por un plazo de seis días y, con su absolución o sin ella, resuelve.

El monto indemnizatorio dispuesto por el juez debe justificarse en los medios probatorios ofrecidos. Cuando por la naturaleza del daño, *sea material o moral*, no pueda establecerse de manera precisa el monto indemnizatorio, el juez podrá establecerlo en base a un criterio equitativo.

La resolución que se pronuncia sobre el pedido de indemnización es apelable sin efecto suspensivo. Contra la resolución que resuelve el pedido en segunda instancia no cabe recurso de casación”.

Propuesta de reforma del CPC. Artículo 640.- Responsabilidad por afectación de bien de tercero

“En los casos en los que la medida provisional haya afectado a un tercero ajeno al proceso este podrá solicitar la indemnización de los daños y perjuicios, *bajo un régimen de responsabilidad objetiva de conformidad con el artículo 637. En lo que fuera pertinente, el pedido se tramita conforme a lo previsto en el artículo 638*”.

Propuesta de reforma del CPC. Artículo 642.- Caución

“La caución es una garantía específica del pago de la indemnización por los daños y perjuicios que pudiera causar la medida provisional. Esta caución debe ser ofrecida al solicitar la medida provisional.

La admisión de la caución, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida provisional.

La caución puede ser de naturaleza real o personal, pero el juez puede exonerar del ofrecimiento de caución solo *en los casos establecidos en el artículo 645*. En ningún caso es admisible la caución juratoria.

La caución de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece. El juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente”.

Propuesta de reforma del CPC. Artículo 643.- Determinación del monto de la caución

“Para fijar el monto de la caución, el juez debe tener en cuenta *la probabilidad de que el daño se produzca, la estimación de los daños que se deriven de la medida provisional, así como de las posibles costas y costos que pueden generarse; y, la solvencia económica y la disponibilidad de pago del solicitante*.

El juez podrá reducir el monto de la caución en los casos en los que aprecie una alta probabilidad de que emita una sentencia favorable.

Salvo disposición diversa de la ley, el Juez no podrá sustituir la ausencia de probabilidad de amparar la pretensión demandada con el otorgamiento de una caución”.

Propuesta de reforma del CPC. Artículo 644.- Ejecución de la caución

“La caución es ejecutada en el mismo cuaderno en el que se tramitó la medida provisional a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y previo traslado de la otra parte. Si la caución no fuera suficiente para cubrir la indemnización por los daños establecidos por el juez, este podrá disponer la afectación de bienes del solicitante con la finalidad de satisfacer el cobro de la indemnización. *Si el monto de la caución fuera mayor en comparación con la indemnización por los daños establecidos por el juez, deberá restituirse al solicitante el exceso entre la caución y la indemnización, bajo responsabilidad*.

Cuando se admite la caución sometida a plazo, esta queda sin efecto, al igual que la medida provisional, si el solicitante no la proroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo”.

6. Fuentes de información

Ariano Deho, E. "Algunas reflexiones sobre la denominada «tutela anticipatoria» y sobre las «medidas de satisfacción inmediata» (A propósito del Anteproyecto de Código Procesal Civil de la Provincia de Buenos Aires)". En: Ariano Deho, E. *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista, 2003

Barcellona, M. "La responsabilità civile ed il suo doppio regime". En: Ponencia presentada en el V Congreso Internacional de Derecho Civil. Lima: Maestría de Derecho Civil de la PUCP (versión en PDF), 2018.

_____. 2011. *Trattato del danno e della responsabilità civile*. Turin: UTET.

Campos García, H. "Comentario al artículo 621 del Código Procesal Civil". En: R. Cavani (Coord.). Código procesal civil comentado por los mejores especialistas. (t. 4). Lima: Gaceta Jurídica, 2016.

_____. 2015. "Breves apuntes dogmáticos y funcionales de la caución contracautela en el proceso civil peruano". En: G. Priori (Coord.). *Sobre la tutela cautelar*. Lima: Themis.

Cavani, R. "Verosimilitud, probabilidad: ¿da lo mismo? Un diálogo con Piero Calamandrei, Michele Taruffo, Daisson Flach y Daniel Mitidiero". En: G. Priori (Coord.). *Sobre la tutela cautelar*. Lima: Themis, 2015.

_____. 2014. "¿Veinte años no es nada? Tutela cautelar, anticipación de tutela y reforma del proceso civil en Brasil. Un diagnóstico para el Perú". *Revista de Direito*. (5), 2014.

Didier Junior, F.; Braga, P. S. y Oliveira, R. S. "Todavía sobre la distinción entre tutela anticipada y tutela cautelar". En: R. Cavani (Coord.) *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*. Lima: Normas Legales, 2010.

Fernández Cruz, G. "La dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños". En: J. Espinoza Espinoza (Coord.) *Análisis sistemático del Código Civil. A tres décadas de su promulgación*. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

Guerra Cerrón, M. E. "Insuficiencia del sistema de tutela cautelar abierto". En: R. Cavani (Coord.) *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*. Lima: Normas Legales, 2010.

Ledesma Naváez, M. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.

León Hilario, L. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Material autoinstructivo*. Lima: Academia de la Magistratura, 2016.

Martínez Letona, P. *La teoría cautelar & tutela anticipada*. Lima: Grijley, 2015.

Mitidiero, D. *Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*. (R. Cavani, Trans). Madrid: Marcial Pons. (Trabajo original publicado en 2013)

Monroy Gálvez, J. "Introducción al estudio de la medida cautelar". En: Monroy Gálvez, J. *Temas de proceso civil*. Lima: Librería Studium, 1987.

Monroy Palacios, J. J. (2003). "Una interpretación errónea: 'a mayor verosimilitud, menos caución' y viceversa. Apuntes críticos sobre los presupuestos para el otorgamiento y para la ejecución de la medida cautelar". En: *Derecho procesal civil. Congreso internacional*. Lima: Fondo de desarrollo editorial - Universidad de Lima, 2003.

Monteleone, G. "Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore". *Rivista del diritto commerciale*. (1), 1993.

Palacios Pareja, E. y Carlin Ronquillo, C. "El procedimiento de ejecución de contracautela en el proceso civil peruano". En: G. Priori (Coord.). *Sobre la tutela cautelar*. Lima: Themis, 2015.

Porcelli, M. *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*. Napoli: ESI, 2011.

Priori Posada, G. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Lima: Jurista, 2006.

Reggiardo, M. "La contracautela. Cálculo del monto y caución juratoria". En: G. Priori (Coord.). *Sobre la tutela cautelar*. Lima: Themis, 2015.

Roppo, V. *La responsabilità patrimoniale del debitore*. En: P. Rescigno (Dir.). *Trattato Diritto Privato*. Italia: Turin, 1997.

Roselli, F. *Responsabilità patrimoniale* (2nd ed.) En: M. Bessone (Dir.) *Trattato di Diritto Privato*. Milán: Giappichelli, 2010.