

# MEDIDA CAUTELAR SOBRE EL FONDO EN LOS PROCESOS DE DESALOJO

Carreon Mamani, Erick Aldo

MEDIDA CAUTELAR SOBRE EL FONDO EN LOS PROCESOS DE DESALOJO

Revista de Derecho, vol. 5, núm. 2, 2020

Universidad Nacional del Altiplano, Perú

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=671870937014>

DOI: <https://doi.org/10.47712/rd.2020.v5i2.94>



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



## MEDIDA CAUTELAR SOBRE EL FONDO EN LOS PROCESOS DE DESALOJO

Precautionary measure on the fund in eviction processes

*Erick Aldo Carreon Mamani*

*Estudio Jurídico C&V Abogados Asociados, Perú*  
aldo.cm2602@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.47712/rd.2020.v5i2.94>

Redalyc: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=671870937014>

Recepción: 30 Septiembre 2020

Aprobación: 25 Octubre 2020

Publicación: 27 Octubre 2020

### RESUMEN:

Los procesos de desalojo, en nuestro entorno social se ha vuelto una de las vías de poner fin a un conflicto relacionado al mejor derecho de la posesión de un bien, por lo que nuestra legislación nacional a fin de asegurar la ejecución de una sentencia anticipada ha regulado medidas cautelares que tienen una relación de instrumentalidad con el proceso principal, pues sirven a los fines de éste para asegurar la efectividad de la resolución que le ponga fin; es así que en nuestra legislación nacional prevé a la medida cautelar sobre el fondo como una figura idónea para tal fin; sin embargo para acceder a la misma se debe, acreditar la verosimilitud o apariencia del derecho, así también se debe acreditar que el inmueble se encuentre en estado de abandono, y por último se debe ofrecer una contracautela, empero esta figura jurídica resulta inaplicable en los litigantes, sin embargo como es de verse existe la necesidad de que el estado emita normas que salvaguarden el derecho a la posesión de manera más efectiva y equitativa, buscando proteger el mejor derecho a poseer.

**PALABRAS CLAVE:** Proceso cautelar, medidas temporales sobre el fondo, proceso de desalojo, posesión.

### ABSTRACT:

Eviction processes, in our social environment, have become one of the ways to put an end to a conflict related to the best right of possession of a property, so our national legislation in order to ensure the execution of an anticipated sentence has regulated precautionary measures that have an instrumental relationship with the main process, as they serve the purposes of the latter to ensure the effectiveness of the resolution that puts an end to it; Thus, our national legislation provides for the precautionary measure on the merits as an ideal figure for this purpose; However, in order to access it, it is necessary to prove the verisimilitude or appearance of the right, as well as to prove that the property is in a state of abandonment, and finally a contracautela must be offered, however this legal figure is inapplicable in the However, as can be seen, there is a need for the state to issue norms that safeguard the right to possession in a more effective and equitable way, seeking to protect the best right to possess.

**KEYWORDS:** Precautionary process, temporary measures on the merits, eviction process, possession.

### INTRODUCCIÓN.-

El Código Procesal Civil prescribe sobre los procesos de desalojo que solo es posible pedir la ejecución anticipada de la sentencia – vía medida cautelar – cuando se acredite indubitablemente el derecho, es decir cuando se corrobore el mejor derecho a la posesión del bien, y cuando el bien se encuentre abandonado. En efecto esta disposición del Código Procesal Civil se ha convertido en una figura jurídica que nunca ha sido aplicada, sin embargo como es de verse existe la necesidad de que el estado emita normas que salvaguarden el derecho a la posesión de manera más efectiva y equitativa, buscando proteger el mejor derecho a poseer. En la praxis ocurre que cuando un bien es abandonado, el propietario ingresará en él de manera directa, ello implica que el propietario recuperara la posesión del bien en forma pacífica, sin la necesidad de la intervención del Poder Judicial.

En ese sentido, mediante el presente trabajo se sostiene que, la medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo, no resuelve los problemas más importantes sobre el derecho a la restitución de la posesión o

derecho a la tutela efectiva; manteniéndose la incertidumbre jurídica y la injusticia social. Por consiguiente, a efectos de desarrollar el presente artículo, como primer punto se desarrolla la tutela jurisdiccional en las medidas cautelares, además se explicara sobre los procesos cautelares y de igual forma se abordara sobre las medidas cautelares y sus requisitos, consiguientemente sobre la medidas cautelares sobre el fondo, por otro lado también se desarrolla sobre el proceso de desalojo y también sobre el proceso sumarísimo, y finalmente se explicará sobre los presupuestos de la medida anticipada en los procesos de desalojo.

## MATERIAL Y MÉTODOS

En el presente trabajo de investigación se tomó en cuenta el método Cualitativo, que permite realizar análisis e interpretación de textos. Así también, se utilizará las fichas de observación como instrumentos, para efectos de utilizar la técnica de observación documental.

## RESULTADOS

### La tutela judicial efectiva en las medidas cautelares y el proceso cautelar

Una medida cautelar necesariamente forma parte del derecho a la tutela efectiva, pues mediante esta figura jurídica se puede asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia a dictar y si ello no se da, entonces no podríamos hablar de una verdadera tutela. Tal es el caso que (Cabel Noblecilla Abogados, 2014) precisa que “es el derecho que le asiste a toda persona para que se le haga justicia ante un conflicto, y que su pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con las garantías del caso. Es así que, la tutela judicial efectiva se desdobra mediante las normas del debido proceso, el cual es denominado por los americanos como due process of law”.

Ahora bien, sobre el proceso cautelar debo señalar que, (PODETTI, 1956) señala que “no existe un proceso cautelar específico, ya que solo podría hablarse de un proceso cautelar autónomo cuando la medida se interpone separadamente del proceso donde se actuará el derecho”. Sin embargo esta apreciación es refutada por el jurista Enrique (PALACIO LINO, 1992), quien señala que “el proceso cautelar es aquel que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”. De esta forma, se puede aducir que generalmente la expresión proceso cautelar se utiliza para indicar al desenvolvimiento de la función jurisdiccional cuando ésta destinada a emitir providencias cautelares.

### La medida cautelar: la medida cautelar sobre el fondo

Abordando el tema de la medida cautelar, debemos tener presente que el jurista Mariano Pelaez Bardales señala que “para que se pueda decretar una medida cautelar, de acuerdo con lo que prevé la ley, deben concurrir y/o conjugarse hasta tres presupuestos como es la verosimilitud del derecho (fumus Boris iuris), el peligro en la demora (Periculum in mora), y 3) También la prestación de una contracautela. Tales requisitos son pilares sobre los que se sostiene la medida cautelar” (Mariano, 2008). Sin embargo el Código Procesal Civil en su Artículo 610º precisa sobre los requisitos de la medida cautelar que “El que pide la medida debe: 1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar; 2. Señalar la forma de ésta; 3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación; 4. Ofrecer contracautela; y 5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso (...). En este sentido sostendemos que la medida cautelar se puede interponer antes o dentro de un proceso, ello con la finalidad de asegurar preliminar y/o preventivamente la eficacia de la sentencia, a fin de proteger el derecho invocado por el accionante, el mismo que se encuentra en peligro. En tanto para que la misma pueda conceder se debe acreditar la verosimilitud

de su derecho invocado, así también debe acreditar el peligro en la demora y por ultimo deberá ofrecer su contracautele.

Ahora bien, la medida cautelar sobre el fondo, la Doctora Marianella Leonor Ledesma Narváez señala al respecto que “La medida anticipada, o llamada por nuestro Código medida temporal sobre el fondo, requiere de los siguientes elementos para su procedencia: De una casi certeza del derecho que se reclama, no es suficiente la simple apariencia, la verosimilitud, sino la casi certeza. Y por otro lado, es urgente brindar dicha tutela por una necesidad impostergable de satisfacer el derecho que se reclama”. A lo antedicho afirmamos que las medidas anticipadas o conocidas también como medias cautelares sobre el fondo, han sido estipuladas en nuestro Código para operar en cinco supuestos como es el caso de la asignación anticipada de los alimentos, asuntos familiares e interés de menores, administración de bienes, desalojo y separación y divorcio.

El proceso de desalojo, la vía procedural sumarísimo y la posesión

Por otro lado también se debe tomar en cuenta, respecto al proceso de desalojo que tal como lo señala Antonio Pinto Arce que el “Procedimiento judicial para que los ocupantes de un inmueble urbano o rural (inquilinos, locatarios, arrendatarios, aparceros, precaristas) lo desocupen y lo restituyan a quien tiene derecho a él. Estos juicios se tramitan por procedimiento sumarísimo” (Pinto Arce, 2011). En tal virtud también debemos atender que, en la Cas. N° 947-98-Ancash “El proceso de desalojo está destinado a obtener la restitución de un predio ocupada por una persona, en los distintos supuestos en que es procedente, de tal manera que consentida o ejecutoriada la sentencia, el lanzamiento se ejecutara contra todos que ocupen el predio” (Casacion, 1998). En tanto debe atenderse que la finalidad del proceso de desalojo es la restitución del bien, pues en ella no se discute el derecho propiedad sino el derecho a la posesión del bien. Es así que podemos señalar que el principal requisito en el proceso de desalojo es que el demandante acredite tener derecho a la posesión mediata, en cambio el demandado es siempre el poseedor, si este contradice la demanda deberá probar que tiene derecho a la posesión inmediata del bien, en tanto tal como lo regula el Código Procesal Civil en su Artículo 585°, se tramita en el proceso sumarísimo.

En tanto, respecto a la Posesión, prima facie debemos recurrir a lo estipulado en el Artículo 896 del Código Civil taxativamente señala que “la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”. Por su parte el doctor Carlos Ferdinand Cuadros Villena señala que la posesión es “el aprovechamiento directo del valor de uso y disfrute de una cosa” (CUADROS VILLENA, 1995). Por otro lado se tiene que (SAVIGNY, 1803) señala que, toda posesión se basa, en la convicción de un poder ilimitado de disponer físicamente de la cosa (Corpus). Para que esta convicción se produzca, es necesaria la voluntad de tener (Animus). Por el contrario (JHERING, 1868) entiende que “la posesión es la exterioridad de la propiedad y que tal fue la noción en la jurisprudencia romana, y no la savigniana del poder físico”. En este sentido debemos sostener que la posesión es el poder de hecho que se tiene sobre un bien, pues la posesión solo otorga el uso y el goce de un bien, es decir, el aprovechamiento económico pero de ninguna manera, la disposición.

Ahora bien, respecto al Proceso Sumarísimo, el (Poder Judicial, s.f.) del Perú señala que “es el Proceso que se fundamenta en la brevedad de su procedimiento por la urgencia y gravedad del asunto contencioso que tramita prescindiendo de formalidades, proceden en procesos sumarísimos: Alimentos, Separación Convencional y Divorcio Ulterior, Interdicción, Desalojo, Interdictos, aquellos asuntos contenciosos que no tengan una vía procedural propia, los que sean inapreciables en dinero o haya duda sobre su monto, el juez considere necesario atendiendo a la urgencia de la tutela jurisdiccional”. En cambio sostenemos que en la práctica, los procesos sumarísimos no se resuelven en el plazo teórico y legal que establece el CPC, de aproximadamente 40 días útiles, sino que éstos plazos se convierten, en la mayoría de casos, en un año o año y medio de litigio. Por consiguiente desde el momento en que el arrendatario decide no pagar la renta de arrendamiento, no lo hace más, aun hasta la desocupación del predio; es decir, vive en el inmueble sin pago alguno por espacio de un año o año y medio, el cual será el plazo promedio que demora la justicia en resolver un desalojo agotando todas sus instancias.

Es así que frente a la demora de nuestro derecho en el proceso de desalojo, el demandante debe acudir a la medida cautelar sobre el fondo contemplado para el presente caso el Artículo 679 del Código Procesal Civil que señala que: "En los procesos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien". Es así que tanto Mariano Pelaez Bardales como Marianella Ledesma coinciden que para el acceso a la medida anticipada en los procesos de desalojo se debe cumplir con 2 presupuestos coincidiendo en el primer presupuesto donde señalan básicamente que, el "Demandante debe acreditar indubitablemente el derecho a la restitución pretendida", prosiguiendo con el segundo presupuesto (Mariano, 2008) señala que el "Demandante debe acreditar el abandono del bien". Sin embargo (Ledesma Narvaez, 2008), señala al respecto que "para el amparo de la medida anticipada son: que el inmueble se encuentre abandonado (no desocupado) y que exista la casi certeza del derecho que se reclama y cuya solución se pretende anticipar". En tal sentido debo hacer presente que para acceder a la medida cautelar sobre el fondo conforme lo prevé la norma precitada se requiere, acreditar la verosimilitud o apariencia del derecho, así también se debe acreditar que el inmueble se encuentre en estado de abandono, y por último se debe ofrecer una contracautela.

## DISCUSIÓN

Si bien es cierto sabemos que el proceso de desalojo tiene como objeto la expedición de un derecho declarativo, en otras palabras declarar un derecho dudoso que se perfecciona durante el desarrollo del proceso judicial. Sin embargo, el desarrollo del referido proceso judicial hace muchas veces que la demora en el servicio de impartición de justicia, ya sea por la excesiva carga de expedientes o la dolosa y manifiesta conducta procesal de la parte demandada de dilatar el proceso, convierten en injusta la restitución de la posesión inmediata del inmueble, dado el excesivo tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda hasta que se declare la sentencia, para lo cual muchas veces transcurren varios meses o años, situación que resulta intolerable para la justicia y por ende para el derecho.

En este entender, buscando mecanismos adecuados que permitan revertir estas situaciones injustas por las acciones dilatorias que pudiesen ocurrir en el desarrollo del proceso; podemos recurrir a lo dispuesto en el Artículo 674º del Código Procesal Civil, que estableció de manera general que, excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta.

En tal sentido, el Juzgador puede anticipar tutela mediante una solicitud cautelar antes que la sentencia final sea expedida, si se acredita la necesidad impostergable del que la solicita o cuando el derecho alegado se encuentre de manera clara debidamente sustentado, total o parcialmente en la demanda o de su actuación en el desarrollo del iter procesal.

Sin embargo, ya remitiéndonos a una norma específica es decir el Artículo 679º del Código Procesal Civil establece de manera especial una medida anticipada para los procesos de desalojo, en los casos que se produzca el vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega, en otras palabras, sólo en estos casos procede la ejecución anticipada de la futura decisión final. Sin embargo, se restringen los alcances del Artículo 674º del Código Procesal Civil, al no aplicar a los supuestos en los que pudiere existir una necesidad impostergable en la pretensión, siempre que sea firme el fundamento de la demanda y prueba aportada, es decir, que el demandante acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida y adicionalmente se acredite el "abandono del bien".

En tal sentido, el citado artículo adjetivo establece, un requisito adicional, que no se encuentra previsto en el Art. 674º del Código Procesal Civil para poder ejecutar anticipadamente la medida cautelar y es que el

inmueble se encuentre abandonado, lo cual constituye un requisito adicional que enerva el derecho a la tutela judicial cautelar y de acceso a la justicia de manera efectiva y rápida.

Así también, se debe tomar en cuenta que el principal requisito en el proceso de desalojo, es que el demandante acredite tener derecho a la posesión mediata, en cambio el demandado es siempre el poseedor; por lo que al ser exigible como requisito adicional que el bien se encuentre en abandono en la medida cautelar sobre el fondo, en el proceso principal no habría necesidad de incoar la demanda de desalojo, si el bien se encuentra en abandono no se podría direccionar la demanda contra persona alguna, ya que la misma no se encuentra en posesión del demandado, contraviniendo de esta forma el requisito del proceso de desalojo.

## CONCLUSIÓN.-

En la medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo, se aplica en todos aquellos casos que el demandante acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida (posesión inmediata) y adicionalmente se acredite el abandono del bien; sin embargo, respecto al segundo presupuesto referente a que el inmueble se encuentre en estado de abandono, debemos señalar que limita el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, siendo el segundo presupuesto, un presupuesto totalmente innecesario para poder ejecutar anticipadamente la medida cautelar.

Por tanto, resulta necesario se efectúe una modificación del marco normativo plasmado en el artículo 674 del Código Procesal Civil, debido a que solo debe acreditarse la verosimilitud del derecho del actor y se garantice adecuadamente los eventuales daños y perjuicios que se pudieren ocasionar al momento de proceder a la restitución de la posesión para que sea amparable el procedimiento cautelar.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cabel Noblecilla Abogados. (11 de Febrero de 2014). Cabel Noblecilla Abogados. Obtenido de Cabel Noblecilla Abogados: <http://cabelnoblecilla.com.pe/blog/?p=114>
- Casacion, Cas. N° 947-98-ANCASH (Corte Suprema de Justicia 1998).
- CUADROS VILLENA, C. F. (1995). DERECHOS REALES. LIMA - PERU: EDITORIAL CULTURAL CUZCO .
- JHERING, R. v. (1868). El fundamento de la protección posesoria . Madrid.
- José, R. F. (2013 de julio de 2013). Instituto de Investigación Jurídica Rambell. Obtenido de Blog del Instituto de Investigación Jurídica Rambell: <http://institutorambell2.blogspot.pe/2013/07/el-proceso-sumarísimo.html>
- Ledesma Narvaez, M. L. (2008). Comentarios al Código Procesal Civil -Tomo III. Miraflores - Lima - Peru: Gaceta Jurídica S.A.
- Mariano, P. B. (2008). MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- PALACIO LINO, E. (1992). DERECHO PROCESAL CIVIL, TOMO VIII. BUENOS AIRES - ARGENTINA: EDITORIAL ABELEDO PERROT.
- Pinto Arce, A. (26 de Mayo de 2011). Blogspot Pinto Arce. Obtenido de Blogspot Pinto Arce: <http://pintoarce.blogspot.pe/2011/05/proceso-de-desalojo.html>
- Poder Judicial, d. P. (s.f.). Poder Judicial del Peru. Obtenido de Poder Judicial del Peru - Diccionario: [http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/diccionario\\_detalle.asp?codigo=853](http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/diccionario_detalle.asp?codigo=853)
- PODETTI, J. (1956). Tratado de las medidas cautelares - Tomo IV. Buenos Aires Argentina: Editorial Ediar.
- SAVIGNY, F. K. (1803). Tratado de la Posesión, según los principios del Derecho Romano.