

EL SECUESTRO CONSERVATIVO^(*)

Pedro Donaires Sánchez ^(**)

SUMARIO:

1. PRELIMINARES. A. LA FUNCION CAUTELAR COMO FUNCION JURISDICCIONAL. B. CARACTERES DE LA MEDIDA CAUTELAR: a. Instrumentalidad. b. Provisionalidad. c. Temporalidad. d. Variabilidad. e. ¿Homogeneidad-identidad con las medidas ejecutivas? f. Se conceden y ejecutan inaudita parte. g. Brevedad procedimental. C. PRESUPUESTOS O REQUISITOS DE LA MEDIDA CAUTELAR: a. Situación jurídica cautelable. b. Apariencia o verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*: humo del buen derecho). c. peligro en la demora (*periculum in mora*). d. Adecuación o coherencia entre la medida dictada y la pretensión que se quiere asegurar. e. Contracautela. **2. MEDIDAS CAUTELARES PARA FUTURA EJECUCIÓN FORZADA:** a. Embargo. b. Secuestro. c. La inhibición. d. La anotación de la demanda. **3. EL SECUESTRO CONSERVATIVO.** **4. EL SECUESTRO CONSERVATIVO Y EL SECUESTRO CONVENCIONAL.** – **CONCLUSIONES.** – **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.**

1. PRELIMINARES

Dentro de las medidas cautelares para futura ejecución forzada, junto al EMBARGO y a la ANOTACIÓN DE DEMANDA, nuestro Código Procesal Civil ha previsto el SECUESTRO en sus dos formas: el JUDICIAL y el CONSERVATIVO; en esta ocasión, centraremos nuestra atención en el secuestro conservativo.

Como cualquier medida cautelar, cae dentro de la actividad jurisdiccional como una posibilidad destinada a asegurar la decisión definitiva contenida en la sentencia que pondrá fin a la controversia. Por esta razón es importante explicar brevemente la medida cautelar como función jurisdiccional, sus caracteres; y, luego hacer una revisión de los requisitos indispensables para su concesión tanto dentro como fuera del proceso.

A. LA FUNCION CAUTELAR COMO FUNCION JURISDICCIONAL

La función jurisdiccional consiste en juzgar y en hacer ejecutar lo juzgado. Por ello se sostiene que las dos manifestaciones de la jurisdicción son la declarativa (juzgar) y la

^(*) Publicado en el NÚMERO 16 - AÑO 2009 de *Derecho y Cambios Social*, el 28 de febrero de 2009: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista016/secuestro%20conservativo.htm>

^(**) Juez titular del Juzgado Mixto de La Molina – Lima, Perú.
E-mail: donairess@gmail.com

ejecutiva (hacer ejecutar lo juzgado), si bien la doctrina, según nos informa BARONA VILLAR¹, cada vez más, considera a la medida cautelar como tercera manifestación de la jurisdicción, de la subfunción de la jurisdicción consistente en garantizar que la función declarativa y la de ejecución se cumplan. Como quiera que la función de juzgar y la de hacer ejecutar lo juzgado no pueden darse al mismo tiempo, sino que necesitan un período más o menos largo para realizarse, tiempo que, por su simple transcurso o por actuación del demandado, pueden llegar a convertir en inútil la resolución que se dicte, es por lo que surge esta tercera función jurisdiccional, "llamada de cautela o de seguridad, que se realiza a través del proceso cautelar, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las otras dos funciones" ². Atendiendo a estas dificultades que entraña el desarrollo de la función declarativa y de la de ejecución, de su carácter de no instantaneidad y, en consecuencia, de incertidumbre que se genera para la consecución de la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, surge el proceso cautelar como garantista del proceso declarativo y del de ejecución, y de ahí que se hable, como ya lo hiciera en su momento CALAMANDREI ³, del carácter instrumental del mismo. Las medidas cautelares aparecen como los medios jurídico-procesales que tienen por función evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, y esa función se lleva a cabo mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado. En consecuencia, a través de las medidas cautelares se cumple una función de garantía, que sirve para combatir la duración de los procesos, convirtiéndose no ya tan sólo en un mecanismo de mero aseguramiento, la conservación de los bienes, sino que deberán llegar más allá si se quiere que las resoluciones judiciales, aunque tardías, sean efectivas. Esta función garantista ha sufrido en los últimos tiempos, según BARONA VILLAR,⁴ una alteración importante, haciéndose extensiva en la medida en que se ha superado la posición de la doctrina procesalista acerca de la clásica teoría de las medidas cautelares, por cuanto éstas han dejado de tener una función meramente de aseguramiento para extenderse, en muchas ocasiones, a cumplir una función anticipatoria del fallo, lo que conlleva una superación del término "cautela" para caer quizás en otro concepto más adecuado, como podría ser el de "prevención", concepto que cuadra perfectamente con la medida cautelar que ahora nos ocupa: 'secuestro conservativo'. Esa idea de prevenir que conllevan las medidas cautelares en la actualidad no es sino producto de un cambio de posición ante las mismas. Finalmente, concluye BARONA VILLAR ⁵, recordando al maestro MONTERO, que no se trata tan sólo de garantizar la ejecución de la sentencia, sino de garantizar la satisfacción de la pretensión, lo que supone extender la función cautelar más allá, es decir, a esa idea de prevención a que se hacía mención.

B. CARACTERES DE LA MEDIDA CAUTELAR

El secuestro conservativo, como las demás medidas para futura ejecución forzada tiene estos caracteres:

a. Instrumentalidad.

¹ BARONA VILLAR, Silvia. *Las Medidas Cautelares*. (España). Materiales de estudio de la AMAG; Lima, 2003.

² Idem.

³ Citado por BARONA VILLAR, op. Cit.

⁴ Op.cit.

⁵ Idem.

Es a CALAMANDREI a quien se debe la atribución del carácter instrumental de las medidas cautelares, doctrina ésta que ha sido seguida por la mayoría de los autores de nuestra doctrina procesal. El núcleo fundamental del aporte de Calamandrei radica en afirmar que las medidas cautelares están preordenadas a una resolución definitiva, cuya eficacia viene asegurada por dichas medidas preventivas.

Partiendo de la tesis de Calamandrei las medidas cautelares son instrumento del instrumento (procesos declarativo y ejecución). Necesitan, por tanto, de los otros dos procesos para poder existir, en tanto en cuanto su función es la de garantizar el eficaz funcionamiento de éstos.

b. Provisionalidad.

Las medidas cautelares se mantendrán en tanto en cuanto cumplan con su función de aseguramiento. De este modo, desaparecerán las mismas cuando en el proceso principal se haya logrado una situación tal que haga verdaderamente inútil el mantenimiento de aquéllas, sea porque la pretensión ha sido desestimada, sea porque la sentencia principal ha sido cumplida o bien porque se hayan realizado ya actos ejecutivos que privan de razón de ser a la medida cautelar.

c. Temporalidad.

Esta es consecuencia de su carácter instrumental. Pues, las medidas cautelares, pese a producir efectos desde el momento en que son concedidas, tienen una duración temporal supeditada a la decisión definitiva en el proceso principal. Son accesorios a la pretensión principal; en consecuencia, siguen la suerte de ésta. De este modo puede afirmarse que las medidas cautelares nacen para extinguirse, consecuencia clara de su carácter instrumental y provisional, dado que, en cuanto desaparecen los presupuestos o motivos que llevaron a la adopción de las medidas cautelares, se procederá a su levantamiento o extinción de las mismas.

La medida cautelar concedida y ejecutada fuera de proceso caduca si la demanda principal no es interpuesta dentro de los diez días de dicha ejecución; asimismo, si la demanda es desestimada en la sentencia de primera instancia, toda medida cautelar queda cancelada de pleno derecho aún cuando aquella resolución haya sido impugnada.

d. Variabilidad.

El actor y el ejecutado pueden pedir al juez la variación de la medida cautelar existente. Dependiendo del desarrollo del proceso las medidas cautelares van a poder variarse, en tanto en cuanto se produzca variación de los presupuestos o motivos que hayan dado soporte a la adopción de las mismas. De este modo pueden ser modificadas, sustituidas por otras, levantadas si cambian los presupuestos que sirvieron para llegar a la adopción de las mismas.

e. ¿Homogeneidad-identidad con las medidas ejecutivas? ⁶

Esta característica es la que más polémica ha suscitado en la doctrina procesal, y quizás podríamos decir que encuadra, en algunos casos, con el tema de la naturaleza jurídica de algunas medidas cautelares, en el caso presente, con el secuestro conservativo. El problema será el de si mantenemos que estamos ante medidas homogéneas, pero no idénticas, con las medidas ejecutivas o, por el contrario, estamos ante medidas de las que resulta una identidad con las ejecutivas, en cuanto suponen una anticipación del fallo de la

⁶ Pregunta formulada por BARONA VILLAR, en op. Cit.

resolución que se dicte en el proceso principal. Como premisa inicial hay que apuntar que la posición defendida por un sector importante de la doctrina procesal fue la que consideraba que con las medidas cautelares se aseguraba la ejecución de la sentencia. Esta ha sido, en cierta medida, la característica típica de las mismas, por cuanto, por un lado, servía para diferenciarlas de las restantes medidas instrumentales existentes en el proceso, y, por otro, servía para intentar diferenciarlas de las medidas ejecutivas. Pero la realidad ha llevado a una superación de esta posición, pues, encontramos medidas que anticipan, de alguna manera, los efectos de la sentencia, es decir, la ejecución; dicho en otras palabras, hay medidas cautelares que no se limitan a asegurar la posibilidad de ejecución, sino que algunas, en mayor o menor grado, anticipan provisionalmente los efectos de la sentencia.

f. Se conceden y ejecutan inaudita parte

A fin de evitar que el demandado, respecto del cual se solicita la medida cautelar, realice actos que podrían poner en riesgo o frustrar aquella medida, ésta debe ser concedida y ejecutada sin su conocimiento. Ésta es una de las características más saltantes de la medida cautelar que implica una situación de sumo cuidado por parte del juzgador respecto de la verosimilitud del derecho pretendido.

g. Brevedad procedimental.

El procedimiento cautelar es rápido. El fundamento de esta rapidez se basa en la urgencia que se desprende de la adopción de medidas cautelares, en cuanto a su función de "asegurar"; si nos halláramos ante un procedimiento lento, largo y duradero perdería su razón de ser la existencia y posibilidad de adopción de las mismas.

Finalmente, debemos anotar que según PRIORI POSADA ⁷, la doctrina no es pacífica en establecer cuáles son las características de las medidas cautelares. En su opinión, las características de las medidas cautelares son estas: instrumentalidad, provisionalidad, estar sujetas a la cláusula *rebus sic stantibus* (comprende la variabilidad) y jurisdiccionalidad.

C. PRESUPUESTOS O REQUISITOS DE LA MEDIDA CAUTELAR.

Sobre este aspecto, el mismo autor, PRIORI POSADA ⁸, nos habla de los presupuestos para la concesión de la medida cautelar y del presupuesto para su ejecución. Entre los primeros están: i) **peligro en la demora**, ii) **verosimilitud de fundabilidad de la pretensión**; y, iii) **adecuación**. El presupuesto para la ejecución sería **la caución**.

Recogiendo éste y otros aportes, consideramos que los que siguen son los presupuestos de la medida cautelar; efectivamente, la contracautela o caución no es un presupuesto en sí; pues, tal como luego se explica, hay casos en los que se concede medida cautelar sin la exigencia de contracautela; sin embargo, en la generalidad de casos, la contracautela forma parte de la medida cautelar.

a. Situación jurídica cautelable.

Para poder ejercer la tutela cautelar a través de las medidas cautelares correspondientes se hará necesario el determinar la situación jurídica cautelable. Y esta

⁷ PRIORI POSADA, Giovanni F. *La Tutela Cautelar. Su configuración como Derecho Fundamental*. ARA Editores, Lima 2006, p. 102.

⁸ Op. cit. p. 36 y sgtes.

situación jurídica que va a ser objeto de cautela vendrá determinada necesariamente por el tipo de pretensión que se está ejercitando en el proceso principal.

b. Apariencia o verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*: humo del buen derecho).

De acuerdo con LAMA MORE,⁹ por este presupuesto o requisito se requiere que el juez aprecie, con la prueba aportada por el peticionante, que existe la posibilidad que la pretensión propuesta -o que se va a proponer- en el proceso principal sea atendida, para que expida la decisión cautelar. Corresponde al juez realizar un cálculo de probabilidad, que le permita inferir que la pretensión principal podría ser amparada.

No se requiere, por supuesto, afirma dicho autor, prueba concluyente o determinante del derecho invocado, vale decir, no se requiere que exista certeza en el juez para atender la pretensión cautelar, solo se requiere apariencia.

Recomienda que el juez debe guardar celosamente su apreciación definitiva sobre la prueba aportada, así como la del derecho que se invoca en la demanda; es decir debe proceder con prudencia y no emitir pronunciamientos definitivos o concluyentes en el proceso cautelar que deben hacerse en el principal.

El análisis provisorio del derecho o la interinidad de la decisión no debe significar superficialidad. Los hechos expuestos deben ser coherentes entre sí, así como la calificación jurídica que les cabe.

En la evaluación de la petición cautelar y en cálculo de probabilidades, tiene un rol importante la experiencia del juez, se aplica en este caso las reglas de las “máximas de experiencia”. Esto quiere decir que si en casos similares ocurrió un determinado efecto, resulta válido concluir que puede suceder lo mismo en el caso que expone el demandante.

Se puede decir -con suficiente razón- que existe apariencia del derecho en aquellas pretensiones a las que le son aplicables las presunciones legales; ello por que corresponde a la contraparte desvirtuar dichas presunciones.

Implica, por tanto, una mera probabilidad de este presupuesto, lo que conlleva la aparición de esa situación jurídica necesitada de cautela

c. peligro en la demora (*periculum in mora*)

A través de él se pretende afirmar la necesidad de que las medidas cautelares se adopten cuando haya un riesgo que amenace la efectividad del proceso y de la sentencia.

Frente a la evidencia de que el daño temido, como refiere CALAMANDREI¹⁰, se convierta en daño efectivo, resulta necesario el dictado de medida cautelar. Es suficiente la sola posibilidad de que se produzca tal daño, para atender el pedido cautelar, pues ante el temor que esto ocurra aparece en escena el interés del peticionante para que sea atendido por el órgano jurisdiccional.

⁹ LAMA MORE, Héctor E. “La Tutela Cautelar” en *Debate Jurisprudencial*, TENORIO TORRES, Oscar R., editor. Motivensa editora jurídica; primera edición; Lima, 2007, P. 27.

¹⁰ Citado por LAMA MORE en Op.cit.

Señala LAMA MORE¹¹, seguramente secundado por condición de magistrado, que la experiencia y la doctrina corroboran la afirmación sostenida por muchos autores, en el sentido que, para la calificación del peligro en la demora, no es suficiente lo que alegue el actor, es necesario que el juzgador observe los hechos, y aprecie de ellos sus posibles consecuencias, aún por terceros. Sucede lo mismo con relación al hecho de que si bien no es necesaria la plena acreditación del peligro en la demora, se requiere que resulte en forma objetiva de los hechos expuestos y pruebas aportadas. No es suficiente, como se sostiene de modo reiterado, el simple temor del solicitante.

Añade que no es sólo la duración del proceso el elemento a tener en cuenta al evaluar este presupuesto, a ella deben agregarse otros elementos, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal; así por ejemplo: si la medida solicitada es una de embargo de bienes del deudor -muebles o inmuebles- o de secuestro de muebles dentro o fuera de proceso, resulta atendible no sólo por la duración que tendrá el proceso principal, sino ante la eventualidad de que al conocer el deudor, la existencia del proceso, se vea movido a enajenar el bien rápidamente.

d. Adecuación o coherencia entre la medida dictada y la pretensión que se quiere asegurar.

Por otro lado, expone el citado autor, el juez debe evaluar, en la pretensión cautelar, que la medida solicitada guarde coherencia con la pretensión principal que se pretende asegurar. No resultaría atendible la inscripción de la demanda, si la pretensión es sobre pago de dólares, pues en tal caso la medida debe consistir en embargo. Si la demanda es de indemnización por daños y perjuicios, no resultaría atendible disponer una medida cautelar de no innovar respecto de los efectos de la garantía real que afecta un bien del demandado.

e. Contracautela.

Como regla general se establece que el que pretenda la adopción de una medida cautelar y así la obtenga, deberá prestar garantía suficiente para responder, en su caso, de los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionarse al demandado si, con posterioridad, se pone de manifiesto que la medida carecía de fundamento y es, por ello, revocada. También está prevista para la eventualidad de que se afecte bienes o derechos de personas ajenas al proceso.

De acuerdo con LAMA MORE,¹² constituye en realidad una condición para el cumplimiento o materialización de la medida cautelar. Así, la contracautela no es en esencia un presupuesto para el dictado de la medida cautelar; pues, se puede, en algunos casos despachar medida cautelar, aún sin contracautela, como es el caso de aquel proceso con sentencia favorable al actor.

La contracautela puede ser de naturaleza personal (caución juratoria) y real -sobre bienes de su propiedad-. Nuestra norma establece que el juez puede aceptar la ofrecida, cambiarla o modificarla, fijando la que corresponda.

2. MEDIDAS CAUTELARES PARA FUTURA EJECUCIÓN FORZADA

Son medidas destinadas a asegurar una futura ejecución forzada sobre bienes del obligado que podrían dispersarse o desaparecer.

¹¹ Op. Cit.

¹² Op. Cit.

En consideración de MONROY GÁLVEZ,¹³ estas medidas son: el embargo, el secuestro, la inhibición y la anotación de la demanda.

a. Embargo.

Es el acto por el cual se inmoviliza jurídicamente un bien del deudor, a fin que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito, una vez que éste haya sido reconocido por la sentencia definitiva. Es procedente en toda clase de procesos siempre que concurran los requisitos o presupuestos para su concesión. El embargo a su vez puede darse en cuatro formas: embargo en depósito, embargo en inscripción, embargo en retención y embargo en intervención.

b. Secuestro

Es el mismo embargo en forma de depósito, pero con desposesión física al afectado del bien sobre el que recae la medida. En el embargo en forma de depósito se designa al propio afectado como depositario; en el secuestro, el bien afectado es retirado del dominio físico del demandado o tercero para su entrega a un depositario ajeno a las partes del proceso.

El secuestro es la medida cautelar por la cual se afecta física y no jurídicamente – como en el embargo- un determinado bien para asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse posteriormente.

A diferencia del embargo, dice HERNÁNDEZ LOZANO,¹⁴ el secuestro se rebela como un remedio más enérgico para evitar el peligro del deterioro o alteración del bien. Por consiguiente, la apreciación de la verosimilitud del derecho, del peligro de la demora y la exigencia de la contracautela debe ser severa.

El secuestro a su vez es de dos clases: **el secuestro judicial y el conservativo**. El primero es el que recae sobre los bienes cuya posesión o propiedad está controvertida en el proceso principal. CARNELUTTI, dice de él: “El secuestro judicial tiene por objeto el bien que constituye objeto de la litis.”¹⁵

El secuestro conservativo no recae necesariamente sobre el bien que se discute en el proceso principal como en el judicial sino en cualquier bien del deudor.

c. La inhibición.

Esta medida no se encuentra prevista en nuestro sistema procesal. Según MONROY GÁLVEZ, en su obra citada, la inhibición recae sobre la persona y no sobre sus bienes; el presupuesto material para su concesión es que el peticionante desconozca la existencia de bienes concretos del deudor sobre los cuales pueda ejecutarse una medida cautelar; en consecuencia, se ordena la inscripción en un registro especial de la prohibición al deudor de transferir o gravar bienes de los que sea titular o los que adquiera con posterioridad a la inscripción. Es una especie de interdicción civil.

d. La anotación de la demanda.

LEDESMA NARVÁEZ, citando a LINO PALACIO¹⁶, expone que a través de la anotación de la demanda se busca asegurar la publicidad de los procesos relativos a

¹³ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas de Proceso Civil*. Librería Studium Ediciones; Lima, 1987, p. 48.

¹⁴ HERNÁNDEZ LOZANO, Carlos A. *Procesos de Ejecución*. Ediciones Jurídicas; Lima, s/a. p.453.

¹⁵ Citado por MONROY GÁLVEZ en op. Cit. p. 54.

¹⁶ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo III editora Gaceta Jurídica; 1ra. Edición, Lima, 2008; p. 290.

bienes inscritos en los Registros Públicos, frente a la eventualidad que las sentencias que en ellos recaigan hayan de ser opuestas a terceros adquirientes del bien litigioso o a cuyo favor se constituya un derecho real sobre éste.

La anotación tendrá el efecto de que quien adquiera algún derecho respecto de dicho bien, con posterioridad a la anotación de la demanda, **no podrá alegar la buena fe registral**; el efecto de dicha medida será que si el titular de la medida cautelar vence en el juicio cuya demanda fue anotada, tendrá PREVALENCIA respecto del resto de personas que inscribieron su derecho con posterioridad. Esta preferencia o prevalencia surtirá su efecto respecto de nuevos propietarios, así como respecto de todos los gravámenes originados con hipotecas o embargos trabados por obligaciones provenientes del vencido en el juicio cuya demanda anotó o de los terceros cuyos derechos se inscribieron con posterioridad a la medida.

Se pueden anotar demandas que versen sobre, por ejemplo: Otorgamiento de escritura pública (sumarísimo), Prescripción adquisitiva de dominio (abreviado), Nulidad de compra-venta o acto jurídico (conocimiento), Mejor derecho de propiedad (conocimiento o abreviado), Petición de Herencia (conocimiento), entre otros.

Esta medida cautelar, de inofensiva apariencia, según LAMA MORE¹⁷ tiene en muchos casos una fuerza jurídica mayor que otras medidas cautelares que tienden a la ejecución forzada del bien, como es el caso de los embargos en forma de inscripción.

3. EL SECUESTRO CONSERVATIVO

Es aquella medida preventiva que constituye, según expresa MATTIROLO: “...una garantía sobre los bienes muebles del deudor que el juez concede al acreedor...”¹⁸.

“El patrimonio del deudor es la prenda común de sus acreedores” decía DE LAZZARI¹⁹; principio aceptado universalmente; significando ello que cualquier bien del deudor se encuentra, implícitamente, afectado por la existencia de una obligación incumplida, y otorga al acreedor el derecho a secuestrar cualquier bien de propiedad del deudor, con el objeto de conservarlo para su venta judicial oportuna (en ejecución forzada).

Tal como ya se ha señalado líneas arriba, por el secuestro se desapodera al poseedor de un bien que luego será entregado a un tercero que asumirá la calidad de custodio. A diferencia del secuestro judicial, donde también hay desposesión; pero, sólo respecto del bien que se discute en el proceso principal, el secuestro conservativo recae en cualquier bien del deudor.

Esta diferencia es la que se extrae del sentido de la regulación hecha por el artículo 643° del Código Procesal Civil peruano; pues, en su primer párrafo prescribe que cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación de derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida cautelar puede afectar a éste, con el carácter de **secuestro judicial**, con desposesión de su tenedor y entrega a un

¹⁷ Op. Cit.

¹⁸ Citado por HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *El embargo y otras medidas cautelares*. 3ra. edición, Editorial San Marcos; Lima, 2002; p.151.

¹⁹ DE LAZZARI, Eduardo Nestor. *Medidas Cautelares*. 1ra. edición: 1984; 2da. reimpresión; La Plata, Argentina, 1989, p.221.

custodio designado por el juez. En cambio, en su segundo párrafo, establece que cuando la medida cautelar tiende a asegurar la obligación de pago contenida en un título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial, puede recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de **secuestro conservativo**, también con desposesión y entrega a un custodio. En ambos casos, les son aplicables las disposiciones referidas al embargo en cuanto sean compatibles con la naturaleza de aquellos.

En la redacción original de la citada norma, modificada por el Decreto Legislativo N° 1069, el secuestro conservativo estaba limitado a la existencia previa de mandato ejecutivo, lo cual generó una serie de controversias en la doctrina y jurisprudencia nacionales, como veremos más adelante.

De acuerdo con la nueva norma, respecto del secuestro conservativo, debe concederse esta medida cautelar, cuando se busque asegurar la obligación de pago contenida en un **título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial**.

Por prescripción de la norma contenida en el artículo 688° del Código Procesal Civil, también modificada por el Decreto Legislativo N° 1069, **son títulos ejecutivos:** a) las resoluciones judiciales y laudos arbitrales firmes, b) las actas de conciliación a las que la ley le concede aquella calidad, c) los títulos valores (con protesto o constancia respectiva o sin ellos en los casos permitidos), d) la constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, respecto de los valores representados por anotaciones en cuenta, según la ley de la materia, e) el documento privado reconocido o la copia certificada de la absolucón de posiciones, expresa o ficta, en el procedimiento de prueba anticipada, f) el documento privado que contenga transacción extrajudicial, g) el documento impago de renta de arrendamiento (recibo de alquiler debidamente firmado por el arrendador girador), debidamente respaldado por el respectivo instrumento que acredita la relación contractual, h) el testimonio de escritura pública; e, i) los demás títulos a los que la ley les otorgue mérito ejecutivo.

La magistrada y docente universitaria, LEDESMA NARVÁEZ ²⁰, citando a ADOLFO RIVAS, comparte el criterio de que la petición del secuestro conservativo debe reunir los siguientes requisitos: que el pedido recaiga sobre bienes muebles susceptibles de ser materialmente desapoderados; que el litigio sea ajeno a la titularidad o posesión del bien cuyo secuestro se pretende, ya que en ese supuesto se estaría ante el secuestro judicial; y que exista indiferencia en la condición de tenedor del bien, lo cual no ocurre en el secuestro de bienes en litigio. Así, existirían dos ejes que sostienen al secuestro conservativo: que la titularidad de los bienes que se afecten sean de propiedad del deudor, aunque estos se encuentren en poder de terceros; y, que la naturaleza de dichos bienes permitan el desplazamiento, para que opere la desposesión y entrega al custodio, de lo contrario, estaríamos ante un depósito y no ante un secuestro conservativo propiamente dicho.

Así, si antes, el secuestro conservativo estaba limitado a los procesos ejecutivos, ahora, es posible su concesión dentro de los procesos de conocimiento, abreviados y sumarísimos en los que exista sentencia que condena al demandado al pago de una suma de dinero

Otra limitación que ha sido superada con la nueva norma, es respecto de las **medidas cautelares fuera de proceso**; esto es, medida antes de la presentación de la

²⁰ Op. cit. p. 176-177.

demanda principal. Al no existir la exigencia de mandato ejecutivo previo, ahora sí es posible la concesión de secuestro conservativo fuera de proceso; sólo será exigible la existencia de una obligación de pago contenida en un título ejecutivo (o de ejecución).

4. EL SECUESTRO CONSERVATIVO Y EL SECUESTRO CONVENCIONAL

El Código Civil peruano regula el secuestro convencional como contrato a partir del artículo 1857° hasta el artículo 1867°, definiéndola que por el mismo, dos o más depositantes confían a un depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia, acordando que el bien debe ser entregado, conforme al resultado de la controversia, a quien le corresponda. El contrato debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

Cuando la naturaleza del bien lo exija, el depositario tiene la obligación de administrarlo; así, los contratos que celebre el depositario – administrador, concluirán de pleno derecho si, antes del vencimiento del plazo, se pusiere fin a la controversia.

En caso de inminente peligro de pérdida o grave deterioro del bien, el depositario puede enajenarlo con autorización del juez y conocimiento de los depositantes.

Si el depositario deviene incapaz o muere, los depositantes designarán a su reemplazante. En caso de discrepancia, la designación la hace el juez.

Los depositantes son solidariamente responsables por el pago de la retribución convenida, los gastos, costas y cualquier otra erogación que se derive del secuestro. El depositario puede retener el bien en tanto no le haya sido satisfecho su crédito.

El depositario que sea desposeído del bien puede reclamarlo a quien lo tenga en su poder, incluyendo cualquiera de los depositantes que lo haya tomado sin consentimiento de los demás o sin mandato del juez.

Le son aplicables a este secuestro, las normas del depósito voluntario, en cuanto sean aplicables.

Así, el secuestro convencional es una modalidad contractual perteneciente a los contratos de prestación de servicios conjuntamente con la locación de servicios, el contrato de obra, el mandato y el depósito.

CABANELLAS ²¹, observa que el secuestro convencional ha sido regulado por *Las Partidas*, pero ignorado por la moderna legislación procesal. Asimismo, señala que genera una situación rara, por cuanto el poseedor cuenta con el apoyo jurídico interdictal por lo común, cuando menos para la retención durante el trámite del juicio; y siempre es título eficaz si las pruebas en contra no son convincentes. El depósito o desposeimiento, dice, favorece en algo al que reivindica, por cuanto logra situar lo que reclama en poder neutral.

Así, mientras que el secuestro conservativo es un instituto procesal, el secuestro convencional es una institución sustantiva con marcados rasgos procesales.

²¹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1982, tomo VII, p. 310.

CONCLUSIONES

1. El secuestro conservativo, así como el secuestro judicial, es una medida cautelar para futura ejecución forzada junto con el embargo y la anotación de demanda.
2. El secuestro conservativo es una medida por la cual se provoca la desposesión física al afectado del bien sobre el que recae dicha medida cautelar; luego, el bien es entregado a un custodio.
3. A diferencia del secuestro judicial en el que se afecta únicamente el bien que es objeto de la pretensión, en el secuestro conservativo se puede afectar cualquier otro bien del obligado.
4. La regla general es que el secuestro conservativo se ordena para asegurar la obligación de pago contenida en un título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial; es concedida dentro de proceso o fuera de proceso (antes de la interposición de la demanda principal).
5. Se diferencia con el secuestro convencional, en el sentido de que éste es una modalidad contractual perteneciente a los contratos de prestación de servicios, mientras que el secuestro conservativo es un instituto procesal destinado a asegurar la futura ejecución forzada dentro del proceso jurisdiccional.

Referencia bibliográfica

- BARONA VILLAR, Silvia. *Las Medidas Cautelares*. (España). Materiales de estudio de la AMAG; Lima, 2003.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Tomo VII. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1982.
- DE LAZZARI, Eduardo Nestor. *Medidas Cautelares*. 1ra. edición: 1984; 2da. reimpresión; La Plata, Argentina, 1989.
- HERNÁNDEZ LOZANO, Carlos A. *Procesos de Ejecución*. Ediciones Jurídicas; Lima, s/a.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *El embargo y otras medidas cautelares*. 3ra. edición, Editorial San Marcos; Lima, 2002.
- LAMA MORE, Héctor E. “La Tutela Cautelar” en *Debate Jurisprudencial*, TENORIO TORRES, Oscar R., editor. Motivensa editora jurídica; primera edición; Lima, 2007.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo III, editora Gaceta Jurídica; 1ra. Edición, Lima, 2008.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas de Proceso Civil*. Librería Studium Ediciones; Lima, 1987.
- PRIORI POSADA, Giovanni F. *La Tutela Cautelar. Su configuración como Derecho Fundamental*. ARA Editores, Lima 2006.

Para citar:

Donaires S., P. (2009). El secuestro conservativo. *Derecho y Cambio Social*, n.º 16-2009, pp. 1-11. ISSN: 2224-4131.

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4433114>