

¿Es adecuado declarar la improcedencia de la asignación anticipada en los procesos de aumento de alimentos?

Is it appropriate to declare the improcedence of early allocation in food increase processes?

RUIZ BAZÁN, Edgar(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Medidas Cautelares. 2.1. Presupuestos. 2.2. Ausencia de identidad entre la pretensión y la medida cautelar. 2.3. Inaudita et altera pars. 2.4. Contracautela. III. Medidas anticipadas. 3.1. Identidad entre la medida anticipada y la pretensión procesal. 3.2. Inaudita pars. 3.3. Requisitos para el otorgamiento de las medidas anticipadas. 3.3.1. Verosimilitud- Derecho manifiesto. 3.3.2. Peligro en la demora- Agravio. 3.3.3. Adecuación. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

Resumen: El autor explica los fundamentos por los cuales, la recurrente práctica jurisdiccional declara inadecuadamente la improcedencia de la asignación anticipada en los procesos de aumento de

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente en Pregrado de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y CC. PP de la Universidad Nacional de Cajamarca. Estudios concluidos de Maestría en la Mención en Derecho Civil y Comercial de la Facultad de Derecho de la UNC. Actualmente se desempeña como responsable del Estudio Jurídico "IUS Y LEX" ABOGADOS, Cajamarca.

alimentos, en razón a que la eficacia de la sentencia de este proceso estaría garantizada, por el monto otorgado mensualmente a raíz de la sentencia primigenia de alimentos, bajo la postura de que no se cumple el segundo presupuesto de las medidas cautelares, siendo éste, el peligro en la demora. Además, explica las diferencias entre las medidas cautelares y medidas anticipadas, sus características y la necesidad de entender, en principio, la afectación que se causa al alimentista por la aplicación errónea e indistinta que realizan los órganos jurisdiccionales de estas dos figuras procesales.

Palabras clave: Medidas cautelares, medidas anticipadas, aumento de alimentos.

Abstract: *The author explains the grounds by which the recurrent jurisdictional practice inappropriately declares the inadmissibility of the anticipated assignment in the food increase process, because the effectiveness of the judgment of this process would be guaranteed, for the amount granted monthly as a result of the original sentence of food, under the position that the second budget of the precautionary measures is not met, this being the danger in the delay. In addition, explains the differences between precautionary measures and anticipated measures, their characteristics and the need to understand, in principle, the effect that is caused to the retailer by the erroneous and indistinct application made by the jurisdictional bodies of these two procedural figures.*

Key words: *Precautionary measures, anticipated measures, food increase*

I. Introducción

Los procesos judiciales de alimentos conforman, en esencia, la gran mayoría de carga procesal en el sistema peruano, teniendo como una de sus causas, la existencia de familias disfuncionales en nuestro país, las mismas que tienen como su principal característica, el que uno solo de los padres se encargue del cuidado, asistencia y guarda del menor, viéndose el otro obligado a cumplir con el deber de alimentar al hijo, lo que en términos de la realidad social, lo hace económicamente a través de un monto acordado por las partes o a través de un proceso judicial.

La obligación alimentaria, es en puridad, de naturaleza urgente, puesto que se trata de la subsistencia de la persona, que imprime no solo la alimentación propiamente dicha, sino también, el vestido, educación,

vivienda, salud, recreación, y asistencia psicológica, conforme lo establece el artículo 472º del código civil vigente; por tanto, requiere del órgano jurisdiccional, pronta tutela por parte del Estado, de lo contrario, la afectación sería irreparable.

Siendo así, por la necesidad impostergable del alimentista es que en este tipo de procesos, la ley faculta la interposición de la llamada “asignación anticipada de alimentos” (art. 675º del código procesal civil), la misma que en su gran mayoría es otorgada en los procesos primigenios de alimentos, y decimos primigenios, ya que éstos, al llegar a obtener una sentencia favorable consentida y ejecutoriada, no constituyen el respeto al principio de cosa juzgada material, sino solamente, formal; esto es, que la misma puede ser variada en cuanto al monto, reduciéndolo, aumentándolo, exonerando sus efectos o extinguiendo los mismos a través de nuevos procesos judiciales.

Sin embargo, al tratarse de los procesos subsecuentes de alimentos, en específico el de aumento de éstos, las asignaciones anticipadas son denegadas, razón por la cual, muchos abogados prefieren, incluso, ya no interponerla, y así evitar pasar por el penoso momento, de la improcedencia bajo un criterio poco analítico.

Pero, cabe preguntarse, ¿cuál es el fundamento por el cual las asignaciones anticipadas de alimentos, son declaradas improcedentes?, para responder a esta pregunta, haré alusión a un caso que a la luz de la actividad profesional dio origen al presente trabajo, el proceso fue signado con el número de expediente 1405-2014, sustanciado en el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Cajamarca, en el cual, se solicitó como pretensión aumento de alimentos y una variación en el monto de prestación, teniendo como demandante a una estudiante universitaria de la Universidad Nacional de Cajamarca, que provino de la provincia de Celendín, y que en su proceso primigenio de alimentos fue “favorecida” con cien soles mediante sentencia emitida en el año 2007, y que evidentemente sus necesidades al año 2014 habían variado, así como las posibilidades económicas del demandante.

La demanda judicial incorporó el pedido de asignación anticipada de alimentos, declarándose éste improcedente, sustentando su decisión

principalmente en “dos aspectos: 1) Que, no existe peligro en la demora ya que se viene otorgando una pensión de alimentos a favor de la demandante, y 2) De ampararse la medida cautelar, constituiría un ejercicio abusivo de la jurisdicción”.

A decir del juez, no se ha cumplido con uno de los requisitos de toda medida cautelar, el peligro en la demora, que junto a la verosimilitud del derecho y la adecuación de la medida, dan fundamento a la tutela cautelar. Desde nuestro punto de vista, este criterio es errado en atención a las reflexiones expuestas a continuación.

II. Medidas Cautelares

Las medidas cautelares son consideradas mecanismos asegurativos de la eficacia de la sentencia futura, debido a que los procesos judiciales tienen un tiempo de duración lato, incluso los que tienen la vía más rápida como la sumarísima, y que cuya sentencia reconoce un derecho, lo otorga, o establece una condena, puede tornarse de imposible cumplimiento por el paso del tiempo.

En palabras del maestro Juan Monroy Gálvez (2003), la medida cautelar es:

“Una institución procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a propuesta de una de las partes, asegura el cumplimiento del fallo definitivo (es decir, del que se va a ejecutar), ordenando se adelante algunos efectos del fallo o asegurando que las condiciones materiales existentes a la interposición de la demanda no sean modificadas” (p. 71).

2.1. Presupuestos de las Medidas Cautelares

Las medidas cautelares tienen tres presupuestos o requisitos para su otorgamiento:

a) *Verosimilitud del derecho*

La doctora Marianella Guerra Cerrón (2016), señala que “también se le denomina “derecho aparente” o “apariencia del derecho”. Basta la verosimilitud o la apariencia, siendo innecesaria la certeza o con-

vencimiento pleno del juez, es una probabilidad de certeza o de la posibilidad que la decisión final sea favorable al solicitante” (p. 80).

b) *Peligro en la demora*

Este requisito es considerado como el más importante de la tutela cautelar, este presupuesto “está referido a la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva” (Monroy Palacios, 2004, 175).

c) *Adecuación o razonabilidad*

Refiere “la necesidad de que se tomen decisiones en materia cautelar que sean congruentes y proporcionales con la pretensión que se discute en el proceso principal” (Palacios 2009, p. 31).

2.2. Ausencia de identidad entre la pretensión y el pedido cautelar

Cabe precisar, que la medida cautelar solicitada, no siempre coincide con la pretensión procesal, por ejemplo, una demanda de obligación de dar suma de dinero puede tener como mecanismo cautelar un embargo en forma de retención, inscripción, intervención en recaudación, etc., en este caso, el demandante lo que pretende no es despojar de los bienes al deudor, sino que se le pague lo adeudado. De esta forma, podría también ser modificada si es que el solicitante lo considera pertinente para la satisfacción de su interés.

2.3. *Inaudita et altera pars*

Toda medida cautelar se caracteriza por la falta de conocimiento de la otra parte en el inicio de ella, y por tanto en la imposibilidad de ejercer la defensa ante tal pedido hasta la etapa de ejecución de dicha medida, ello a fin de que aquél cuyo derecho es verosímil, no vea perjudicado la satisfacción de su interés ante cualquier acto tendiente a alterar las situaciones de hecho que realice el contrario. De esta forma, las medidas cautelares se tramitan en cuaderno a parte y solo cuando sea ejecutada, trasuntará al cuaderno principal a fin de realizar el procedimiento forzado.

2.4. Contracautela

Es un mecanismo procesal que se utiliza para garantizar que ante la afectación que fuese dada por la medida cautelar concedida y una vez que el proceso principal contravenga a ésta, los daños ocasionados puedan repararse.

III. Medidas Anticipadas

Si bien es cierto, estos mecanismos han sido tratados más doctrinal que normativamente, nuestro sistema las contempla en los artículos 618º y 674º del código procesal civil, como medidas anticipadas y medidas temporales sobre el fondo respectivamente, respecto a las cuales diversos autores han tratado de encontrarles diferencias, pero en puridad resultan siendo lo mismo.

Las medidas anticipadas requieren para su concesión acreditar la existencia de un “perjuicio irreparable”, ello nos lleva a preguntarnos si dicha exigencia constituye realmente la verificación de un peligro en la demora para la emisión del fallo final (requisito propio de las medidas cautelares) o, por el contrario, la certificación de que es el mismo derecho el que desaparecerá si no se concede la misma. Creemos que se trata de esto último por lo que estamos ante lo que definiéramos anteriormente como un *plus* del peligro en la demora. (Rosario Domínguez, 2008, 71)

Algunos autores como Juan Francisco Rosario Domínguez consideran que al no tener un tratamiento diferenciado y al estar contenida en el capítulo de las medidas cautelares, las medidas anticipadas deben cumplir con los mismos presupuestos o requisitos que las primeras para su concesión, esto es: a) verosimilitud del derecho, b) peligro en la demora y c) adecuación.

Sin embargo a nuestro parecer, al hacer, el legislador, una distinción terminológica en el adverbio de cantidad “además” de las medidas cautelares, incluso señalar en los artículos del 675º al 681º del código procesal civil qué medidas en específico se pueden aplicar de forma anticipada, no siendo necesariamente taxativas, exige la identificación de características totalmente independientes, teniendo como las más importantes:

3.1. Identidad entre la medida anticipada y la pretensión procesal

Lo que se busca con las medidas anticipadas, no es básicamente, garantizar la eficacia de la sentencia ni evitar que por el paso del tiempo, el cumplimiento pueda tornarse en imposible, sino adelantar el cumplimiento de la sentencia, lo que pueda ser otorgado en todo o en parte; ya que si no fuese de ese modo, las consecuencias serían irreparables, por tal razón, los efectos requeridos como pretensión es lo mismo que se requiere en la medida anticipada, de ninguna forma, diferentes.

3.2. Inaudita Pars

Como ya señalamos, las medidas cautelares se sustancian sin conocimiento de la otra parte para evitar alterar las condiciones de hecho, sin embargo las medidas anticipadas se tramitan junto al proceso de cognición, pudiendo incluso, el solicitado, ejercer defensa ante ella, por esa razón, se lleva en el mismo cuaderno que el principal.

3.3. Requisitos para el otorgamiento de las medidas anticipadas

Como mencionamos líneas arriba, parte de la doctrina considera que las medidas anticipadas debe contener los requisitos exigidos para las medidas cautelares, sin embargo, consideramos que no es así, puesto que asimilar ello implica precisamente la confusión jurisdiccional, al punto de denegar reiteradamente la asignación anticipada en los procesos de aumento de alimentos porque al tener un monto del proceso primigenio, no existiría peligro en la demora; dicho esto, creemos necesario desarrollar comparativamente los elementos de la medida cautelar respecto a los que se deben tener en cuenta para la concesión de las medidas anticipadas.

3.3.1. Verosimilitud del Derecho- Derecho manifiesto

Mientras en las medidas cautelares se exige la existencia de una verosimilitud o posibilidad de obtener el derecho, en las medidas anticipadas el derecho debe ser manifiesto, casi cierto, por eso el juez otorga de manera anticipada los efectos de la sentencia.

De esta manera, el Dr. Juan Francisco Rosario Domínguez (2008), señala:

Cuando el derecho es “manifiesto” y la amenaza de frustración es “inminente y cierta”, pueden anticiparse total o parcialmente los efectos ejecutivos de la pretensión principal, atribuyendo al actor en forma provisoria el íntegro o parte de la pretensión procesal que reclama, permitiendo y asegurando de ese modo la “utilidad” de la futura y eventual resolución definitiva, la que, sin esta atribución anticipada, se tornaría inútil y vacía por declaración tardía. (p. 66)

3.3.2. Peligro en la demora (*perjuicio hipotético*)- *Agravio (perjuicio real)*

Comúnmente se entiende en la práctica, que el requisito del peligro en la demora se cumple en el supuesto de la duración del proceso, y que al no otorgarse la medida, el cumplimiento de la pretensión y del derecho reclamado, devendría en insatisfecho; vale decir, que el cumplimiento no está garantizado, lo que hace presumir de las conductas hipotéticas que podría tomar la otra parte para eludir el mismo.

Son, en evidencia, dos cosas completamente distintas, puesto que en una, el peligro es hipotético, mientras que en la otra, es real y efectivo; en la primera, se trata de interponer los llamados embargos, para asegurar el cumplimiento en función a una potencial conducta evasiva, en el último, por el contrario, no existe una potencialidad de peligro o riesgo hipotético, sino una necesidad impostergable de disfrutar de un derecho casi cierto, es por ello el llamado de petición anticipada.

De esta manera, referente al tema es importante citar a la gran profesora procesalista y magistrada del Tribunal Constitucional, Dra. Marianella Ledesma Narváez (2013), en su obra “La Tutela Cautelar en el Proceso Civil”, de este modo:

En ambos casos hay urgencia, sin embargo, las justificaciones son diversas; de ahí que cuando un juez trabaje una medida anticipada no solo tendrá que apreciar la casi certeza del derecho invocado, sino precisar si los hechos que se invoquen son de necesidad impostergable o el peligro del daño irreparable e inminente justi-

fica su decisión. El perjuicio que se alegue como derivado del peligro que justifique la adopción de la medida ha de ser real y efectivo, nunca hipotético y, además, de tal gravedad que sus consecuencias sean irreparables. Aquí no concurre un supuesto de peligro en la demora, más bien una situación de mayor trascendencia y magnitud que justifica no una cautela asegurativa ordinaria, sino una tutela antelada del derecho conculcado que se busca restablecer (p. 88).

Del mismo modo, el profesor y jurista destacado Juan Monroy Palacios (2004) hace la distinción entre el peligro y el agravio en los siguientes términos:

“Peligro es el riesgo que se produzca la ineficacia de la función jurisdiccional por el tiempo del proceso. El agravio se define como el “estado de peligro”, producido por circunstancias extraordinarias ocurridas fuera de la relación procesal, esto es, en la realidad, pero determinantes para que la duración del proceso produjera un agravio mayor a quien la soporta” (p. 62, 63).

Lo mencionado, en palabras de Ledesma Narváez (2013), “justifica que no solo aparezca en el escenario del Derecho Procesal la medida cautelar, sino que existan otras manifestaciones de tutela urgente que no solo busque garantizar sino anticipar los efectos de dicho fallo, como es la que se aborda en las medidas temporales sobre el fondo, lamentablemente catalogadas por el CPC bajo el rubro de medida cautelar” (p. 87) (negrita nuestra).

Finalmente, para el profesor Adolfo Rivas:

“Daño irreparable de las medidas se refiere no ya al peligro de que la sentencia final a dictar sea inútil por no poder ejecutarse, sino al riesgo de perecimiento de la pretensión si no es anticipada de tutela. Hay una diferencia entre “daño irreparable” y “peligro en la demora” (...)” (Rivas 1995)

3.3.3. Adecuación

Este elemento es advertido de manera similar al de la medida cautelar, con la particularidad de que no se pide una contracautela, ante

el posible daño, puesto que no se trata de una verosimilitud sino de un derecho casi cierto.

Siendo de este modo, volviendo al análisis de la asignación anticipada en el aumento de alimentos, y al declararse en reiterados casos su improcedencia por no existir peligro en la demora, tal criterio carece de un correcto fundamento jurídico, pues las medidas anticipadas deben ser vistas a partir del agravio en los derechos de urgente tutela del solicitante y no garantizar los efectos de la sentencia ante un posible incumplimiento. En consecuencia, se deben declarar fundadas las asignaciones anticipadas en los procesos de aumento de alimentos, pues están en grave riesgo las necesidades más urgentes de la persona, sin las cuales su subsistencia es una utopía, y por tanto requieren del amparo apremiante del Estado.

IV. Conclusiones

- Los procesos de alimentos son de urgente tutela no solo desde el proceso de cognición sino desde la tutela urgente, siendo necesaria la aplicación de las medidas anticipadas.
- Dentro de la Tutela cautelar, existen las medidas cautelares, medidas autosatisfactivas y medidas anticipadas, teniendo cada una de ellas características diferentes, no siendo posible aplicar los elementos de la medida cautelar a las medidas anticipadas.
- Las asignaciones anticipadas en los procesos de aumento de alimentos deben ser amparadas, y no es atendible el criterio que se declare improcedente, en función a que el cumplimiento de la sentencia estaría garantizada por el monto mensual ordenado en la sentencia primigenia de alimentos, puesto que se debe evaluar el agravio y daño irreparable que se ocasionaría si no se tutela de manera urgente los derechos del alimentista.

V. Lista de referencias

- GUERRA CERRÓN, M. (2016). Sistema de Protección Cautelar. Lima: Pacífico Editores SAC.
- LEDESMA NARVÁEZ, M. (2013). La tutela cautelar en el proceso civil. Lima: Gaceta Jurídica.
- MONROY GÁLVEZ, J. (2003). Formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos. Lima: Edit. Comunidad.
- MONROY PALACIOS, J. (2002). Bases para la formación de una teoría cautelar. Lima: S/d.
- MONROY PALACIOS, J. (2004). Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. En: La tutela procesal de los derechos. Lima: Palestra Editores.
- PALACIOS PAREJA, E. (2009). Comentarios a las recientes modificaciones en materia cautelar. Actualidad Jurídica N.º 188. Lima.
- RIVAS, A. (1995). La jurisdicción anticipatoria. En: Libro de Ponencias del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe.
- ROSARIO DOMÍNGUEZ, J. (2008). Aproximaciones al estudio de la tutela anticipada, Lima: Foro Jurídico.