

**LA TUTELA EN EL NUEVO
CÓDIGO PROCESAL CIVIL
2007**

L. Alfredo de Diego Díez
Magistrado - Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Pablo de Olavide
(Sevilla-España)

ÍNDICE

Capítulo Introdutorio	9
COMPARACIÓN ENTRE LA NORMATIVA TODAVÍA EN VIGOR Y EL CPC EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES	9
1. SITUACIÓN ACTUAL EN EL VIGENTE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO	9
A) Dispersión normativa	9
a) <i>Código de Procedimiento de 1906</i>	9
b) <i>Normas procesales especiales</i>	10
B) Tratamiento diferenciado	11
2. LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL	12
3. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA REGULACIÓN VIGENTE EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO DE 1906 Y EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL	13
4. DERECHO TRANSITORIO	16
 Capítulo I. CUESTIONES GENERALES	 19
1. LA TUTELAR CAUTELAR	19
A) Justificación de la tutela cautelar	20
B) Fundamento constitucional de la tutela cautelar	22
C) Configuración normativa	23
D) Autonomía del proceso cautelar	24
E) Concepto	25
2. NATURALEZA JURÍDICA.	26
A) Medidas cautelares y garantías jurídico privadas de los derechos	26
B) Consecuencias de la naturaleza jurídica procesal de la tutela cautelar	27
3. CARACTERES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	27
A) Jurisdiccionalidad	27
B) Instrumentalidad	28
C) Provisionalidad	29
D) Temporalidad	29
E) Variabilidad	30
F) Disponibilidad	31
G) Brevedad procedimental	32
H) Proporcionalidad	32
4. EFECTOS.	34
A) Medidas típicas y medidas innominadas	34
B) Clases de efectos de las medidas cautelares	35
a) <i>Efectos de aseguramiento</i>	35
b) <i>Efectos de conservación de la situación existente en el momento de plantearse el litigio</i>	36

L. Alfredo de Diego Díez

c) Efectos innovativos de la situación existente al plantearse el litigio y anticipatorios de satisfacción de la pretensión	37
5. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES	38
A) Por sus efectos	38
B) Por su contenido	39
C) Específicas y genéricas	39
6. FACULTADES DEL TRIBUNAL	40
Capítulo II. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	42
1. PELIGRO DE LESIÓN O FRUSTRACIÓN POR MORA PROCESAL	42
2. LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO	47
A) Justificación: indicios de probabilidad	48
B) Justificación: por cualquier medio probatorio	49
3. PRESTACIÓN DE CAUCIÓN POR EL SOLICITANTE	50
A) Regla general de exigencia de la caución y excepciones	51
B) Ofrecimiento y prestación de la caución	55
a) Ofrecimiento de prestar caución	55
b) Prestación de la caución	59
C) Cantidad y calidad de la caución	59
a) Criterios legales para determinar la cantidad garantizada por la caución	59
b) La calidad de la caución	61
Capítulo III. PROCEDIMIENTO CAUTELAR	62
1. INTRODUCCIÓN	62
2. EL ÓRGANO JUDICIAL	64
A) Competencia objetiva y funcional	64
B) Competencia en casos especiales	65
C) Tratamiento procesal de la competencia	65
a) <i>Apreciación de oficio</i>	65
b) <i>Momento hasta el que puede apreciarse la incompetencia</i>	66
c) <i>Validez de las actuaciones llevadas a cabo por órgano incompetente</i>	67
3. LAS PARTES	67
A) Legitimación	67
B) Intervención de terceros	68
a) <i>La intervención de terceros en las actuaciones cautelares en general</i>	68
b) <i>La tercería de dominio en el embargo preventivo</i>	69
C) Postulación	70

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

4. SOLICITUD DE LA MEDIDA CAUTELAR	70
A) Instancia de parte	70
B) Requisitos y contenido de la solicitud	71
a) <i>Claridad y precisión en la determinación de la medida y su alcance</i>	71
b) <i>Justificación cumplida de los presupuestos</i>	72
c) <i>Ofrecimiento de prestar una concreta caución</i>	75
d) <i>Supuestos especiales</i>	75
5. MOMENTO PARA INSTAR LAS MEDIDAS CAUTELARES	75
A) Medidas cautelares previas a la demanda	75
a) <i>Ámbito</i>	75
b) <i>Requisitos</i>	76
c) <i>Procedimiento</i>	76
d) <i>Vigencia y alzamiento de estas medidas</i>	76
B) Medidas cautelares coetáneas a la demanda	77
a) <i>Solicitud de medidas cautelares</i>	77
b) <i>Admisión de la petición cautelar</i>	78
C) Medidas cautelares posteriores a la demanda y en fase de recursos	79
6. TRAMITACIÓN	80
A) Adopción de medidas sin audiencia previa (contradicción diferida)	80
a) <i>Presupuestos</i>	81
b) <i>Trámite procesal</i>	82
c) <i>Resolución</i>	83
d) <i>Oposición del demandado</i>	84
B) Tratamiento de las cautelas con audiencia previa	89
a) <i>Convocatoria de la audiencia</i>	90
b) <i>Sustanciación de la audiencia</i>	90
c) <i>Resolución</i>	91
C) Recursos	93
a) <i>Contra las resoluciones interlocutorias</i>	93
b) <i>Contra la decisión sobre las cautelas</i>	94
7. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	96
A) Prestación de caución para el cumplimiento de la medida	97
B) Excepciones a la prestación de caución	98
a) <i>Quien tenga reconocido el beneficio de asistencia jurídica gratuita</i>	98
b) <i>Decisión judicial en caso de desequilibrio de capacidad económica de los litigantes</i>	98
c) <i>El Estado</i>	100
d) <i>Litigante que hubiera obtenido una sentencia favorable</i>	100
C) Forma de la caución.	101
D) Decisión sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la fianza	101
8. MODIFICACIÓN Y LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	102
A) Modificación de medidas como consecuencia de alteraciones en los hechos	103

L. Alfredo de Diego Díez

a) <i>Hechos o circunstancias sobrevenidas o de nuevo conocimiento</i>	104
b) <i>Hechos o circunstancias decisivos</i>	106
c) <i>Procedimiento</i>	106
B) <i>Modificación de medidas como consecuencia de alteraciones en el proceso principal</i>	107
a) <i>Sentencia estimatoria firme</i>	107
b) <i>Sentencia estimatoria no firme</i>	108
c) <i>Sentencia absolutoria firme</i>	108
d) <i>Sentencia absolutoria no firme</i>	109
e) <i>Sentencia parcialmente estimatoria</i>	111
f) <i>Terminación anormal del proceso</i>	111
g) <i>Caducidad de la medida cautelar</i>	112
9. CAUCIÓN SUSTITUTORIA	113
a) <i>Momento para solicitarla</i>	114
b) <i>Criterios para su concesión</i>	115
c) <i>Forma y cuantía</i>	116
d) <i>Resolución, efectos y recursos.</i>	116
10. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS	117
A) <i>Responsabilidad objetiva del solicitante</i>	117
B) <i>Supuestos</i>	117
C) <i>Contenido</i>	117
Capítulo IV. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES	119
1. INTRODUCCIÓN	119
2. EXAMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS	121
A) <i>Embargo preventivo de bienes</i>	121
a) <i>Presupuestos</i>	122
b) <i>Casos en los que procede</i>	122
1. <i>Supuestos específicos</i>	123
2. <i>Supuestos genéricos</i>	124
3. <i>Supuestos especiales</i>	125
c) <i>Especialidades según el tipo de bien objeto de embargo preventivo</i>	125
d) <i>Depositario</i>	126
B) <i>Prohibición de disponer (artículo 355.2)</i>	128
C) <i>Intervención o Administración judicial de bienes productivos (artículo 355.3)</i>	130
a) <i>Disposiciones comunes a la intervención y la administración.</i>	130
1. <i>Situación jurídica cautelable</i>	131
2. <i>Tipos de medidas</i>	132
3. <i>Régimen jurídico común a la intervención y la administración</i>	132
b) <i>Intervención</i>	134
c) <i>Administración</i>	135
D) <i>Secuestro de cosa mueble o semoviente</i>	137
E) <i>Formación de inventarios</i>	138
	139

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

F) Anotaciones registrales	139
a) <i>Anotación preventiva de demanda</i>	142
b) <i>Otras anotaciones registrales</i>	142
G) Limitaciones temporales de actuación al demandado	142
a) <i>Cese provisional de la actividad</i>	143
b) <i>Orden de abstención temporalmente de llevar a cabo una conducta</i>	143
c) <i>Prohibición de cesar o interrumpir la realización de una prestación que se viniera llevando a cabo</i>	144
H) Intervención y depósito de ingresos procedentes de actividad ilícita.	145
I) Depósito de materiales, cantidades y ejemplares afectos a régimen de exclusividad.	146
J) Suspensión de acuerdos sociales.	146
3. LAS MEDIDAS CAUTELARES INDETERMINADAS	147
4. MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS FUERA DEL LIBRO III DEL CÓDIGO	
A) Procesos especiales por razón de la materia en el Código	148
a) <i>Juicio ordinario de impugnación de acuerdos sociales</i>	148
b) <i>Juicio ordinario de competencia desleal</i>	148
c) <i>Juicio ordinario de propiedad industrial</i>	149
d) <i>Juicio ordinario de propiedad intelectual</i>	150
e) <i>Juicio ordinario sobre publicidad ilícita</i>	151
f) <i>Procedimiento abreviado de calificación registral</i>	152
g) <i>Procedimiento abreviado en arrendamiento financiero</i>	152
B) Procesos sobre capacidad de las personas	153
C) Procesos sobre filiación	154
D) Procesos de familia	154

CAPÍTULO INTRODUCTORIO

COMPARACIÓN ENTRE LA NORMATIVA TODAVÍA EN VIGOR Y EL CPC EN
MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES

1. SITUACIÓN ACTUAL EN EL VIGENTE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO. A) Dispersión normativa. a) *Código de Procedimiento de 1906*. b) *Normas procesales especiales*. B) Tratamiento diferenciado. 2. LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL. 3. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA REGULACIÓN ACTUAL Y EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL. 4. DERECHO TRANSITORIO

1. SITUACIÓN ACTUAL EN EL VIGENTE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO

La regulación de las medidas cautelares todavía en vigor sufre la dispersión y el tratamiento diferenciado propios de nuestra legislación procesal y que no es sino una directa consecuencia de la necesidad de ir adaptando el Código de Procedimiento vigente a las diferentes cambios sociales y económicos que se han desarrollado a lo largo de la vigencia de dicha ley.

Para la debida comprensión del nuevo punto de partida legal debo destacar la reticencia generalizada en la práctica forense a adoptar el amparo cautelar, propiciada acaso por su deficiente regulación en el Código de Procedimiento y por la propia incompreensión de la función jurisdiccional cautelar. Los principios sobre los que se articulan las medidas cautelares en el texto en vigor son tan diferentes de los del nuevo Código que incluso varían en el propio nombre de la institución que pasará a denominarse como “medidas cautelares” en lugar de la actual denominación de “providencias precautorias”. Actualmente la situación procesal de esta institución se puede definir de acuerdo con los siguientes parámetros.

A) Dispersión normativa

Existe por un lado una evidente dispersión normativa, tanto en el propio texto del Código de Procedimientos (en adelante CP), como respecto a las normas especiales que han ido tratando diversas materias más específicas como el derecho de propiedad industrial o intelectual, en las cuales se ha hecho más patente la necesidad de una justicia cautelar eficaz y rápida, y que básicamente han venido a suponer la modificación de la estructura tradicional de la tutela cautelar.

a) *Código de Procedimiento de 1906 vigente*

La característica señalada en este punto (dispersión normativa) se aprecia acusadamente en la regulación prevista en la norma procesal que va a ser derogada con el nuevo texto del Código Procesal Civil (en adelante CPC). En el texto todavía vigente no existe una regulación completa de las concretas medidas cautelares que podían ser solicitadas, sino que el mismo se articulaba en torno a dos núcleos normativos.

L. Alfredo de Diego Díez

1.º En primer lugar, en la regulación prevista en el Título III del Libro II, de las denominadas como providencias precautorias (artículos 270 a 285 CP). En dicho título se contiene una caótica regulación de las medidas cautelares en la que se mezcla sin ningún tipo de sistemática el examen de diligencias precautorias concretas previstas en el artículo 270 CP, junto con referencias a previsiones dirigidas al juez sobre la concesión de las mismas (artículos 280 a 282), sobre el carácter abierto de las providencias precautorias (artículo 283), sobre su duración (artículo 284) y finalmente sobre la posibilidad de acordarse antes de la notificación al afectado (artículo 285). En definitiva existe una regulación, aislada procesalmente dentro del juicio ordinario, incompleta, insuficiente e inadecuada para la realidad social, que dificulta la aplicación de estas providencias precautorias y complica en exceso su tramitación, resolución y aplicación por los tribunales, dando una respuesta insatisfactoria al litigante que las solicite.

2.º En segundo lugar, y a lo largo de todo el articulado del Código de Procedimiento de 1906, se establecían, unas veces con carácter autónomo, otras incluidas dentro de la regulación de una determinada materia, un conjunto amplio de medidas cautelares específicas. En tal sentido se pueden señalar las siguientes, a título meramente ejemplificativo:

- Embargo: artículo 459 y siguientes.
- Derecho legal de retención: artículo 655.
- Diligencias preparatorias: artículo 254.
- Concurso: 532.
- Depósito de personas: artículo 1006 y siguientes.
- Inventario solemne: artículo 1056 y siguientes
- Embargo y depósito provisional de letras de comercio: artículo 1110 y siguientes
- Otros actos de comercio que necesiten una intervención judicial preventiva: artículos 1141 y siguientes.

Como se puede apreciar por la relación anterior, no exhaustiva sino meramente ejemplificativa, pues sin duda existen otros ejemplos a lo largo del texto procesal, especialmente en sede de jurisdicción voluntaria que pueden ser considerados como auténticos casos de medidas cautelares, la norma procesal en vigor prevé un amplio abanico de medidas cautelares, normalmente aplicables dentro de cada uno de los concretos procedimientos en las que se regulan; a excepción del embargo que por su concreta ubicación en el texto procesal, es aplicables a todos los procesos.

b) Normas procesales especiales

Si en el propio Código de Procedimiento se puede apreciar la existencia de un conjunto de medidas cautelares dispersas a lo largo de su articulado y que poca relación en principio tenían entre sí, la citada dispersión alcanza sus cotas más amplias en el estudio de las normas que regulan aspectos sustantivos especiales y que incluyen normas de contenido procesal. Igualmente, sin un ánimo exhaustivo, se pueden citar como

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

ejemplos de esta regulación especial las medidas cautelares que se prevén en sede de impugnación de acuerdos sociales, competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual, publicidad, en el ámbito del derecho de familia, de la liquidación de regímenes económicos matrimoniales, etc.

Como se puede apreciar en el resumen de normas anterior, existe una amplia y confusa regulación de las diferentes medidas cautelares, fuentes de dudas en su aplicación y que hace que esta materia sea uno de los puntos en los que más necesaria es la reforma procesal.

B) Tratamiento diferenciado

Junto con la dispersión normativa de las medidas cautelares, existía una profusión de tratamiento procesal de las mismas que contribuía a agravar el problema en su aplicación, generando confusión sobre el trámite a seguir para la concesión de la medida solicitada. En tal sentido se podían distinguir los siguientes grupos de forma en el tratamiento procesal de la adopción de las medidas cautelares:

1. Materias que tenían una regulación completa e independiente sobre el proceso de concesión de las medidas. Este grupo se caracteriza por la existencia de una regulación procesal suficientemente amplia para generar certeza dentro del proceso cautelar sobre la forma de su tramitación, regulando desde la petición inicial hasta la resolución que debía ser dictada y el régimen de recursos contra la misma. Obviamente generaban una gran seguridad jurídica y permitían un tratamiento uniforme en los casos en los que se planteaban.

Entre las medidas cautelares incluidas en este grupo se pueden citar, a título de ejemplo la regulación del embargo contenida en los artículos 459 y siguientes del Código de Procedimiento o la regulación dentro de los actos judiciales no contenciosos del depósito de personas (artículos 1006 y siguientes), el embargo y depósito de letras de comercio (artículos 1110 y siguientes) o la regulación de los artículos 1141 y siguientes sobre otros actos de comercio que necesiten una intervención judicial preventiva.

2. Medidas que se adoptan como incidentes dentro de otros procesos. Se trata en estos casos de supuestos en los que habitualmente no se establecía norma alguna, sino únicamente se admitía la posibilidad legal de adoptar algún tipo de medida cautelar específica, en prevención de procesos posteriores y que normalmente tenía poca relación con el propio objeto del proceso en cuyo seno se adoptan. Como ejemplo de éste grupo, se puede citar el derecho de retención del arrendatario establecido en el artículo 704 CP para los casos de juicio de desahucio.

3. Supuestos en los que se daba una expresa remisión a otras normas del propio Código de Procedimiento. En estos casos, las normas, casi siempre leyes especiales, fijaban claramente la remisión del trámite procesal a desarrollar para adoptar la medida que se solicitaba, sirviendo de referencia para ello alguno de los diversos mecanismos establecidos en el texto procesal todavía vigente.

L. Alfredo de Diego Díez

En tal sentido, se pueden citar como ejemplos de este grupo, dentro del propio Código de Procedimiento, el depósito de la cosa muebles exhibida como diligencias prejudiciales, previsto en el artículo 252 CP que remite a las normas del embargo preventivo del artículo 280 del texto procesal.

4. Medidas que carecen de todo tipo de referencia al modo de su adopción. Junto con las medidas claramente previstas en su tramitación, coexisten otras medidas que no han sido reguladas procesalmente, por lo que dejan un amplio margen de actuación al juez y generan por ello una gran inseguridad para adecuarlas a un concreto cauce procesal. El ejemplo más paradigmático en la regulación nacional radica en la propia regulación de las providencias precautorias en las que no se establece procedimiento alguno sobre la forma en la que se deben de acordar dichas medidas una vez solicitadas por el demandante.

2. LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Antes de examinar las líneas generales de la regulación de las medidas cautelares en el nuevo Código, es preciso recordar que la resistencia forense a la protección cautelar ignora que su trascendencia e imprescindibilidad para el logro de los fines perseguibles a través de la Justicia, se configura como una auténtica exigencia constitucional inherente a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso que emana del texto constitucional.

La potestad jurisdiccional de adoptar el amparo cautelar deriva de la propia Constitución, en cuanto facilita la efectividad de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos e intereses legítimos, así como la efectividad del debido proceso, por cuanto que garantiza que el mismo podrá ser ejecutado una vez que alcance una resolución firme que le ponga fin. Es preciso resaltar su funcional diferenciación dentro de la potestad jurisdiccional, según se deriva del propio artículo 2 del CPC siendo por tanto coherente la postura que agrega junto al proceso de declaración y de ejecución, un tercer género de procesos, el cautelar, coincidente con la función jurisdiccional en él ejercitada y la pretensión singularmente deducida.

Es de general aceptación que el ineludible tratamiento forense de la protección cautelar afronta una realidad procesal que tiende a cubrir la eventualidad de que durante la sustanciación presente o futura de un proceso principal, que requiere un lapso de tiempo para su tramitación y término, pueda obligarse al demandado tanto a no llevar a cabo determinados actos como a realizar otros en su patrimonio. Dichos actos se entienden respectivamente dirigidos bien a eludir la entrada en su peculio de bienes o derechos, o a provocar o permitir daños en el mismo, o bien a sustraer del alcance de la Justicia determinados bienes a los que se refiere el juicio, y, en general, a crear un estado de insolvencia con miras a impedir la eficacia de la eventual sentencia. Con la temida actividad, o en su caso inactividad, del demandado no sólo pueden resultar desconocidos los derechos o intereses de la parte reclamante sino además los de la colectividad concernientes a la efectividad de las resoluciones judiciales.

El nuevo Código, si bien no acepta expresamente la configuración autónoma de

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

un proceso cautelar, lleva a cabo un tratamiento general de la materia en el Libro Tercero rubricado: "De las medidas cautelares", artículos 350 a 397 de acuerdo con la siguiente estructura:

Título I: Normas generales (artículos 350 a 354).

Título II: Clases de medidas cautelares (artículos 355 a 379).

 Capítulo I: Medidas cautelares que pueden adoptarse (artículos 355 a 357).

 Capítulo II: Embargo preventivo y secuestro (artículos 358 a 366)

 Capítulo III: Intervención y administración de bienes (artículos 367 a 376).

 Capítulo IV: Otras medidas cautelares (artículos 377 a 379).

Título III: Procedimiento para la adopción de medidas cautelares (artículos 380 a 393)

Título IV: Modificación y revocación (artículos 394 a 397).

Pese al loable propósito de sistematizar, uniformar y centrar la actividad cautelar en el Libro Tercero no faltan referencias y desarrollos en otras partes del cuerpo normativo, según puede comprobarse en sus remisiones a medidas cautelares específicas en sede de impugnación de acuerdos sociales (artículo 509), en competencia desleal (artículo 519), en propiedad industrial (artículo 527), en propiedad intelectual (artículo 534), en publicidad (artículo 540), en suspensión de obra nueva (artículo 605), en calificación registral (artículo 609.2), en arrendamientos financieros (artículo 618.1), en incapacidad (artículo 642), en filiación (artículo 648), en familia (artículos 658 a 660), en guarda, custodia y alimentos de hijos menores (artículo 664), en régimen económico matrimonial (artículos 670 y 671) o tutela sumaria (artículo 686.3).

3. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA REGULACIÓN VIGENTE EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO DE 1906 Y EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Marcadas las líneas generales, tanto de la regulación vigente como de la prevista en el nuevo Código, es preciso resaltar las principales diferencias entre ambas regulaciones a efectos de una mejor comparación de las dos legislaciones y de la evolución que para el derecho hondureño va a suponer la futura normativa procesal. Como principales diferencias se pueden señalar las siguientes:

1. Mayor claridad en el CPC en relación al número de medidas cautelares.

La regulación vigente establece una apariencia de *numerus clausus* en las providencias precautorias, dado que el artículo 270 del CP en relación con el artículo 283, parecen dar a entender que solo las medidas cautelares expresamente previstas en el Código o en otras leyes se pueden adoptar. Esta interpretación impide el desarrollo adecuado de las medidas cautelares y su adaptación a la cambiante realidad social y económica que hace imprescindible dejar abierta una vía para la aparición de nuevas medidas cautelares que surjan de la evolución de la sociedad y den respuesta a nuevos planteamientos.

Frente a esta situación, el nuevo Código no solo incrementa en el artículo 355 el número de medidas cautelares específicas, que pasan de cuatro a diez, sino que además incorpora una cláusula general en el artículo 356, que denomina "potestad cautelar

L. Alfredo de Diego Díez

general” y que amplía las medidas cautelares que se pueden solicitar y adoptar hasta el infinitivo, al condicionarlas no a un específico *nomen iuris*, sino a la finalidad última de las medidas cautelares, esto es, asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional pretendida. Se configura como una cláusula de cierre del sistema que deja claro que es un sistema abierto y no cerrado de medidas, y por ello con posibilidad de ajustarse a la realidad social de cada momento, esto es, con tendencia de proyección al futuro.

2. *Previsión de un específico procedimiento cautelar.* El Código de Procedimiento de 1906 no regula, como ya se ha destacado, ningún tipo de norma procedimental para tramitar las peticiones de medidas cautelares así como el resto de las incidencias que surgen en las mismas (oposición, revocación, modificación). Ello deja a las partes huérfanas de procedimiento, generando una incuestionable inseguridad jurídica tanto para el solicitante de la medida como para el afectado por la misma. En algunos casos muy concretos, fundamentalmente en sede de embargo en los artículos 459 y siguientes CP, sí se regulan algunas norma de tramitación—pero no es la pauta general—y ninguna referencia procedimental, salvo las muy limitadas de los artículos 280, 282 y 285, dirigidas más bien al juez para justificar la adopción de la providencia precautoria o la prevista en el artículo 284 sobre alzamiento de las medidas.

Frente a esta situación, el nuevo Código, dentro del Libro III, regula de forma completa en el título III el procedimiento cautelar, abarcando, con ánimo exhaustivo, todas las cuestiones más habituales, y que permite delimitar un trámite procesal común para todas las medidas, en relación a los requisitos solicitud, la competencia judicial, el procedimiento y trámite, la decisión, la ejecución de la medida cautelar, la oposición; y ya en el título IV articula la modificación y alzamiento de medidas cautelares adoptadas. La principal característica de este procedimiento, tal como ya se ha adelantado, es el hecho de que es común a todas las medidas cautelares, tanto las previstas en el Libro III como las que se encuentran dispersas a lo largo de todo del nuevo Código, de tal manera que las especialidades que contiene la ley en relación con concretas medidas (por ejemplo, el embargo preventivo o la administración e intervención de bienes productivos) no vienen ya referidas a trámites de procedimiento, sino a especialidades derivadas de la propia naturaleza sustantiva de la medida.

3. *Regulación más completa de las medidas cautelares específicas.* El texto vigente, aun cuando pretende regular de alguna manera las providencias precautorias que define en el artículo 270, sin embargo no llega a dar una regulación completa sino simples pinceladas sobre cada una de ellas, con frecuentes remisiones a otras disposiciones del mismo Código de Procedimiento, como ocurre con el secuestro en el artículo 272 y con el embargo en el artículo 276. Ello implica que cada uno de las providencias precautorias específicas no queda regulada ni en sus aspectos procesales ni en sus aspectos sustantivos, lo que dificulta su aplicación al caso concreto y puede generar profundas diferencias en su contenido y ejecución en función de los criterios del tribunal que adopte dichas medidas.

Por el contrario el nuevo Código dedica una amplia y completa regulación a las medidas más habituales, el embargo preventivo y el secuestro de bienes, así como a la

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

medida más perjudicial y polémica, como es la intervención y administración de bienes, regulando con detalle las obligaciones tanto de los depositarios como de los interventores y de los administradores. Igualmente contiene referencia específica a detalles importantes en algunas de las otras medidas y una regulación más completa de otras ya en otra sede, dentro de los procedimientos específicos en función de la materia. Por tanto existen al alcance de las partes y del tribunal más datos que tomar en consideración y que sin duda evitarán dificultades de interpretación que ahora se dan en la práctica y permitirán un tratamiento más unitario de las medidas cautelares específicas.

4. Define los presupuestos y finalidad de las medidas cautelares. En el Código de Procedimiento no existe ninguna referencia ni a los presupuestos ni a la finalidad pretendida con la adopción de las medidas cautelares, lo que determina que a la hora de adoptar las medidas no se lleve a cabo un examen de los mismos en términos adecuados a la finalidad de toda medida cautelar.

Por el contrario, los artículos 350 y 351 del nuevo Código sí configuran dichos presupuestos y los elevan a la categoría de ineludibles: su apreciación será siempre necesaria para poder estimar la adopción de alguna medida cautelar. Ello va a implicar un cambio en las resoluciones judiciales sobre la materia para las que va a ser imprescindible un razonamiento que anteriormente no era exigible al juez, lo que va a suponer mayores garantías para el ciudadano en la resolución judicial y un mayor acierto derivado del correcto examen y apreciación de los presupuestos procesales de las medidas cautelares.

5. Aclara las facultades del tribunal. En la legislación en vigor nada se dice en concreto sobre qué facultades tiene el tribunal en sede providencias precautorias, salvo la correspondiente al cese de la medida una vez que el peligro que se garantizaba haya desaparecido (artículo 284 CP).

Sin embargo, en el texto del nuevo Código se incorpora un interesante artículo (el 354) en el que se establecen las concretas facultades del tribunal, en especial aquellas que puede ejercer de oficio, lo que es muy importante dentro de un proceso civil esencialmente dispositivo y con limitación del papel del juez en el mismo. Ello clarifica de nuevo las funciones del tribunal, haciendo más transparente la resolución y por ello dando una mejor respuesta a la sociedad.

6. Incorpora importantes medidas de garantía de los derechos del demandado. La parca regulación legal del Código de 1906 no incluye referencia alguna a los derechos del demandado, por lo que la posición de éste queda en una situación de franca indefensión, al no garantizarse en modo alguno los efectos derivados de una desestimación de la pretensión que justifica la adopción de medidas cautelares ni quedan garantizados los posibles perjuicios que la medida cautelar puede suponerle cuando se alce la misma por cualquier motivo.

Frente a ello, el nuevo Código incorpora una serie de garantías a favor del demandado que limitan los efectos perjudiciales que las medidas cautelares pueden

tener para el mismo. En tal sentido incorpora la caución por parte del demandante (artículo 386) para garantizar el pago de las costas y de los daños y perjuicios; regula la oposición a las medidas (artículo 390); prevé la posible caución sustitutoria a cargo del demandado (artículo 391); regula la reclamación de daños y perjuicios si se levanta la medida (artículo 393); prevé la modificación de la medida (artículo 394) y la caducidad de la misma (artículo 397). Todo ello configura un sistema en el que se pretende compaginar los derechos del actor a garantizar la efectividad de la tutela pretendida, con importantes garantías a favor del demandado para reducir al máximo los perjuicios que la medida le puede ocasionar durante su vigencia.

4. DERECHO TRANSITORIO

Delimitada la regulación de las medidas cautelares en la legislación todavía vigente, así como la orientación que a dicha institución da el nuevo Código Procesal Civil, y efectuada la comparación, resta delimitar la previsión de derecho transitorio del nuevo Código en relación a las providencias precautorias.

En tal sentido el artículo 912, dentro de las disposiciones transitorias, señala que *"Las medidas precautorias o cautelares ya adoptadas antes de entrar en vigencia el presente Código Procesal Civil, se regirán por las disposiciones del Código anterior, pero el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar su revisión, modificación, sustitución o cese, con arreglo al presente Código"*.

La previsión legal señalada centra su interés en la necesidad de adaptar la nueva regulación a las medidas cautelares ya solicitadas y que, sin duda, en una reforma de tanta trascendencia como la creación de un nuevo Código Procesal Civil tendrán una gran incidencia práctica. A la vista de su redacción podemos distinguir tres supuestos:

1. Medidas cautelares solicitadas en un procedimiento anterior a la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Civil, pero todavía no adoptadas. En este caso, no será de aplicación el artículo 912, sino el 913, referente a procesos en primera instancia. Las medidas se resolverán con arreglo a la forma prevista en la legislación anterior, sin perjuicio de que a partir de la resolución, tanto el régimen de recursos como el régimen de oposición a las medidas inaudita parte o de modificación se adapte a la nueva legislación procesal. Es cierto que el artículo 913 se refiere a los juicios declarativos, caracterización que no tienen las providencias precautorias, pero dado el carácter instrumental de las medidas cautelares con respecto al proceso principal en el que se solicitan, no cabe duda de que, por razones de analogía, ante la falta de una expresa previsión legal al respecto, es posible aplicar el citado artículo 913.

2. Medidas cautelares ya adoptadas al amparo de la legislación que se derogue. Es el supuesto al que se refiere el artículo 912 de forma expresa, lo que implica que no se produce alteración alguna del régimen de las medidas cautelares ya adoptadas. El demandado solo podrá aplicar las previsiones del título IV del Libro III sobre modificación y revocación de las medidas cautelares (artículos 394 a 397), sin que sea posible que, sobre las medidas adoptadas conforme a la legislación anterior, se

tenga en consideración, ni por la parte ni de oficio por el tribunal, el resto de las previsiones del actual Libro III del nuevo Código. Eso sí, una vez modificadas las medidas, se ajustarán en todo a las disposiciones del nuevo Código.

3. Medidas cautelares solicitadas tras la entrada en vigor del nuevo Código.

Este es el supuesto que menos dudas ofrece, de tal manera que procederá la aplicación de todo lo previsto en el Libro III en relación a las medidas cautelares, tanto en lo referente a los aspectos procesales como a los sustantivos de las medidas que se soliciten y ello aun cuando el solicitante plantee su petición al amparo de la legislación que se va a derogar, pues el juez debe de adaptar la petición a las nuevas normas procesales, por tratarse de normas de orden público aplicables de oficio por el tribunal (arts. 7 y 21 del CPC).

CAPÍTULO I
CUESTIONES GENERALES

1. LA TUTELA CAUTELAR. A) Justificación de la tutela cautelar. B) Fundamento constitucional de la tutela cautelar. C) Autonomía del proceso cautelar. D) Concepto. 2. NATURALEZA JURÍDICA. A) Medidas cautelares y garantías jurídico privadas de los derechos. B) Consecuencias de la naturaleza jurídica procesal de la tutela cautelar. 3. CARACTERES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. A) Jurisdiccionalidad. B) Instrumentalidad. C) Provisionalidad. D) Temporalidad. E) Variabilidad. F) Disponibilidad. G) Brevedad procedimental. H) Proporcionalidad. 4. EFECTOS. A) Medidas típicas y medidas innominadas. B) Clases de efectos de las medidas cautelares. a) *Efectos de aseguramiento*. b) *Efectos de conservación de la situación existente en el momento de plantearse el litigio*. c) *Efectos innovativos de la situación existente al plantearse el litigio y anticipatorios de satisfacción de la pretensión*. 5. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES. A) Por sus efectos. B) Por su contenido. C) Específicas y genéricas. 6. FACULTADES DEL TRIBUNAL.

El Código Procesal Civil presenta, en su Libro III, un tratamiento sistemático de las medidas cautelares, en consonancia con los códigos procesales modernos. Se recogen aquí las normas generales (legitimación, presupuestos, momento procesal, facultades del tribunal), se establecen las clases de medidas y sus particularidades, se regula el procedimiento para su adopción así como los trámites para la modificación y revocación de las ya adoptadas y, en definitiva, se describe un completo tratamiento procesal de la tutela cautelar diferenciado del correspondiente a la pretensión principal. Ello no evita que a lo largo del texto del Código se haga referencia a algunas medidas cautelares específicas cuyo régimen o alguna singularidad del mismo está fuera de este Libro III. Es el caso, por ejemplo, de las órdenes de cesación provisional, que se regulan más concretamente en las especialidades de los procesos sobre competencia desleal, protección de la propiedad industrial, etc., o el caso de la suspensión de acuerdos sociales impugnados, que se regula en sede de especialidades del proceso de impugnación de acuerdos sociales⁽¹⁾. Pero estas referencias no alcanzan a desdeñar la existencia de un sistema general y completo de medidas cautelares, que será supletorio de las regulaciones especiales.

1. LA FUNCIÓN CAUTELAR

La función cautelar, o tutela cautelar, no solo está plenamente justificada debido a la necesaria e inevitable demora que el proceso supone para la resolución del conflicto, sino que tiene su fundamento en la propia Constitución como una manifestación específica

(1) Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse, dentro del propio Código Procesal Civil, otras disposiciones sobre tutela cautelar en relación con los procesos sobre capacidad de las personas (art. 642); filiación, paternidad y maternidad (art. 648); matrimonial (arts. 658 a 660); guarda, cuidado y alimentos de menores (art. 664); impugnación de acuerdos sociales (art. 509); competencia desleal (art. 519); propiedad industrial (art. 527); propiedad intelectual (art. 534); publicidad (art. 540); pretensión posesoria de obra nueva (art. 605); arrendamiento financiero (art. 618.1). Regulaciones especiales de la administración de fincas hipotecadas (art. 905) o depósito de vehículos hipotecados (art. 906), sobre la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 670 y 671) o en la tutela sumaria (arts. 686 a 689).

del derecho a la tutela judicial efectiva (también reconocido en el art. 1 del CPC).

A) Justificación de la tutela cautelar

Según se desprende del artículo 304 de la Constitución de la República de Honduras (en adelante CRH), la función jurisdiccional consiste en «juzgar y ejecutar lo juzgado». Estas dos manifestaciones de la jurisdicción se cumplen mediante el proceso de declaración (juzgar) y mediante el proceso de ejecución (hacer ejecutar lo juzgado). Pero no son las únicas; cada vez con mayor frecuencia, la doctrina habla de la función cautelar como una manifestación más de la jurisdicción, como un *tertium genus instrumental* que garantiza el cumplimiento de las otras dos funciones, la declarativa y la de ejecución⁽²⁾.

Toda la construcción doctrinal acerca de la función cautelar gira alrededor de la inevitable duración del proceso. La función de juzgar y la de hacer ejecutar lo juzgado no son inmediatamente realizables, sino que requieren del transcurso de un período más o menos largo de tiempo en el que desarrollarse⁽³⁾. Por el mero transcurso de ese tiempo o por determinados comportamientos del demandado durante el proceso, puede suceder que la resolución que finalmente se dicte resulte inútil, en cuyo caso la tutela judicial no habría sido «efectiva»⁽⁴⁾. Para conjurar este peligro surge precisamente la tutela cautelar⁽⁵⁾, como una manifestación específica de la tutela judicial⁽⁶⁾, dirigida a asegurar o garantizar la efectividad de la resolución obtenida en otro proceso al que se denomina principal.

(2) Véanse, por ejemplo, Juan MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional I*, con Gómez Colomer y otros, 13.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 301; y Silvia BARONA VILAR, «Proceso cautelar», en *El nuevo proceso civil. Ley 1/2000*, varios autores, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 825-827. De la función jurisdiccional cautelar o preventiva, diferenciada de la función de declaración y ejecución, ya hablaba el profesor Leonardo PRIETO-CASTRO en su obra *Tribunales españoles. Organización y funcionamiento* (con Almagro Nosete y González-Deleito), 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1979, págs. 144-145, y más tarde en su *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1985, vol. II, pág. 847.

(3) Esa ineludible demora está justificada por ser necesaria para garantizar la defensa del demandado y el acierto de la sentencia que termina el proceso. Es muy gráfica al respecto la expresión «sólo Dios puede juzgar sin necesidad de proceso», Miguel FENECH, *Derecho procesal tributario*, 1949, pág. 67.

(4) La tutela judicial tiene que ser efectiva y para ello debe evitarse que «un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano judicial en su momento» (STC 238/1992, f.º 3.º).

(5) A la tutela cautelar se refiere expresamente el artículo 2 del CPC al exponer las distintas clases de pretensiones que pueden interponerse ante los órganos jurisdiccionales.

(6) El Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de pronunciarse en varias resoluciones acerca de la trascendencia constitucional de las medidas cautelares y de su especial relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, véase la STC 218/1994). La doctrina constitucional parte de la premisa de que «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso» (STC 14/1992, f.º 7.º), y señala que «la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde... a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia» (STC 238/1992, f.º 3.º). Es más, en esta misma sentencia se añade que el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria, «pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que... se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva» (f.º 3.º).

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

Pero, la «efectividad» de la sentencia no se logra únicamente mediante una tutela cautelar dirigida a asegurar su cumplimiento o ejecución; en ocasiones, habrá que ir más allá y tomar medidas que anticipen el fallo, que resuelvan interinamente una relación controvertida cuando, de tener que esperar a la resolución definitiva, podrían irrogarse daños irreparables a una de las partes (p. ej., las medidas cautelares sobre guarda, cuidado y alimentos de menores, previstas en el art. 664, en relación con los arts. 658, 659 y 660, todos del CPC). No se trataría entonces de garantizar la ejecución de la sentencia, sino de garantizar la satisfacción de la pretensión⁽⁷⁾. El Código Procesal Civil apunta claramente estas dos funciones: «asegurar la efectividad y el cumplimiento de la sentencia» que recaiga en el proceso principal (art. 350.1) y «asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional pretendida» en el proceso principal (art. 356)⁽⁸⁾.

Sobre la justificación de las medidas cautelares, resulta muy elocuente la SAP Provincial de Castellón (Sección 1.ª), núm. 189/1998, de 14 de abril:

La razón de existir estas medidas es el de que la resolución con eficacia para incidir sobre la esfera jurídica de las partes no puede obtenerse, por regla general, sin más e inmediatamente después de que sea pedida. El ordenamiento impone que procedan una serie de actos, a través de los cuales y en contradicción entre las partes, son aportados los hechos, se practica la prueba, se exponen las argumentaciones jurídicas, etc., proporcionándose al órgano jurisdiccional el material necesario para que dicte una resolución justa. Naturalmente, la realización de esa actividad, la realización del proceso, exige tiempo y, no debe olvidarse, que el proceso es una actividad de resultados inciertos que debe valorarse desde la previsión de un resultado favorable al actor. La indeterminación del proceso entre el momento en que, según el derecho material, debió producirse la satisfacción y el momento en que efectivamente se produce mediante la sentencia y, en su caso, mediante la ejecución forzosa, implica ya de por sí que el proceso no puede cumplir, con perfección ideal, su función de realización del Derecho y ante este retraso resulta obvio que el ordenamiento impone, por un lado que se repare genéricamente el interés lesionado del acreedor, mediante la condena a indemnizar los daños y perjuicios originados por la demora. En segundo lugar, la razón de ser de estas medidas cautelares radica en que aquella demora supone la posibilidad, la ocasión o facilidad para que el demandado realice actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción que la resolución que, en su momento se dicte, venga a conceder al actor, con lo que el actor no obtendría ni siquiera una satisfacción tardía. Por ello, las medidas cautelares son los medios jurídicos-procesales que tienen por función evitar que se frustre la satisfacción de los derechos del actor.

⁽⁷⁾ Cfr. Silvia BARONA VILAR, «Proceso cautelar», en *op. cit.*, págs. 836-837; y Manuel ORTELLS RAMOS, «Las medidas cautelares», en *Proceso civil práctico*, tomo VIII, varios autores, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2003, pág. 866.

⁽⁸⁾ No debe confundirse la tutela cautelar anticipatoria del resultado del proceso, con la tutela sumaria (arts. 686 a 689 del CPC). Esta última, a diferencia de la tutela cautelar, no tiene carácter instrumental de ningún otro proceso: no está vinculada a ningún proceso existente ni exige la apertura de un proceso ulterior y es incompatible con la adopción de medidas cautelares (art. 686.3 del CPC). El ámbito de esta tutela especial sumaria es dar protección a aquellas relaciones jurídicas que deban ser provisionalmente reguladas en su alcance, extensión y modo de ser, mientras o hasta que se decida definitivamente el derecho que a cada cual corresponde (art. 686.1 del CPC). Dado que la resolución judicial en este proceso especial no se pronuncia sobre derechos ni produce la excepción de cosa juzgada, las partes podrán incoar un proceso abreviado en petición de lo que les interese (art. 688.2 del CPC). La tutela sumaria se justifica en la concurrencia de razones de especial urgencia, o la necesidad de mantener la paz jurídica, o evitar la creación o consolidación de situaciones de hecho (art. 686.2 del CPC). Como se ve, estas mismas razones aducidas para justificar la tutela sumaria podrían servir para justificar la adopción de medidas cautelares, de manera que el uso de una u otra técnica (la de la tutela cautelar y la de la tutela sumaria) dependerá de razones de política legislativa.

B) Fundamento constitucional de la tutela cautelar

El establecimiento por las leyes ordinarias de un régimen de tutela cautelar responde a un imperativo constitucional, específicamente al derecho a la tutela judicial efectiva. La Constitución de la República de Honduras asegura a sus habitantes el goce de la justicia (art. 1). Este valor supremo compromete al legislador y a todos los poderes públicos exigiéndoles establecer los cauces adecuados para proporcionar al justiciable una tutela judicial efectiva desde los órganos del Poder Judicial (arts. 303, 304 y 305 de la CRH). Y, de ahí que, ya con suma claridad, el artículo 1 del CPC reconozca a todas las personas el derecho de acceso a la justicia y a obtener de jueces y tribunales una tutela efectiva; derecho reconocido al propio tiempo en todos los órdenes jurisdiccionales, por la supletoriedad del CPC en el resto de procesos (art. 22 del CPC). En lo que ahora interesa, esa tutela efectiva requiere que el derecho procesal civil posibilite medidas cautelares asequibles y eficaces.

El fundamento constitucional de la tutela cautelar, como una manifestación de la tutela judicial efectiva, tiene consecuencias prácticas en orden, sobre todo, a las exigencias que de ello se derivan para el legislador y para los órganos jurisdiccionales:

1.ª El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a una tutela judicial cautelar e impone al legislador ordinario que establezca posibilidades de que los jueces adopten medidas cautelares. STC 238/1992:

La tutela judicial ha de ser «efectiva» y no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso. [...] No puede el legislador eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el proceso [principal] pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que [...] se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

2.ª Esas posibilidades no pueden quedar limitadas a los supuestos de tutela judicial de derechos fundamentales, ni a los de tutela judicial de derechos de carácter no patrimonial (STC 238/1992), sino que deben preverse en relación con la tutela judicial de toda clase de derechos e intereses legítimos. STC 218/1994:

Cuando el derecho debatido en el proceso principal tenga contenido patrimonial, [no por ello] automáticamente debe rechazarse toda medida cautelar respecto de la que se impetre el amparo, alegando que en este caso nunca se producirán daños irreversibles sobre el referido derecho, ya que siempre podrá ser restablecido en su integridad después de la resolución judicial mediante una indemnización económica.

En algunos supuestos la indemnización a posteriori de los perjuicios producidos por la pendency del proceso principal en el derecho de contenido patrimonial puede resultar tan insuficiente para preservar la futura integridad del mismo, como cuando se afecta a otro tipo de derecho, ya que puede darse el caso de que la situación anterior del derecho de contenido patrimonial no pueda ser restaurada en su plenitud mediante una reparación pecuniaria.

3.ª Como consecuencia de lo anterior sería inconstitucional, por infringir el derecho a la tutela judicial efectiva, una ley que excluyese absolutamente la posibilidad de tutela cautelar para ciertas clases de derechos o intereses (SSTC 238/1992, 78/1996); y lo sería adicionalmente por infringir el principio de igualdad, si tal exclusión se produjese para ciertas clases de personas determinadas con criterios discriminatorios.

4.ª Frente al órgano judicial, el peticionario de la tutela cautelar tiene derecho a obtener un pronunciamiento motivado, fundado en Derecho. La resolución que adopte o deniegue las medidas ha de hacerlo «razonadamente y no de forma arbitraria o carente de fundamento» (STC 210/1993). Dice el ATC 187/1996 que las medidas cautelares «han de ser adoptadas por resolución fundada en Derecho que, cuando no es reglada, debe basarse en un juicio de racionalidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes; toda medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar».

5.ª Pero el derecho a la tutela judicial cautelar, que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo resulta violado si se omite o se deniega una resolución que cumpla los requisitos antedichos y que verse sobre el fondo de la tutela cautelar solicitada, sino que también puede ser lesionado por dictarse una resolución desestimatoria, en el supuesto de que esa clase de resolución dé lugar a ciertas consecuencias negativas sobre la posibilidad de obtener en definitiva la tutela judicial. El Tribunal Constitucional español ha dicho, en efecto, que es contrario al derecho a la tutela judicial que el régimen de las medidas cautelares o su aplicación dé lugar, si es estimada la pretensión del proceso principal, a «dificiles fórmulas reintegrativas» o a «situaciones irreversibles» (STC 66/1984), o conduzca a «que ese procedimiento (el principal) no pueda ya alcanzar sus fines», lo que se produce si aquel régimen o su aplicación implican «la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende» o «prejuzgan irreparablemente la decisión final del proceso» (SSTC 237/1991, 78/996).

C) Configuración normativa

Sin perjuicio de su fundamento constitucional –al que acabamos de referirnos– la tutela-cautelar es configurada o diseñada por las leyes ordinarias. Estas leyes destinan a su regulación dos clases de normas, ambas de naturaleza procesal, pero de contenido diferente⁽⁹⁾:

1.º Por un lado están aquellas que se refieren a lo que es habitual en una norma procesal; es decir, las que determinan la competencia, los especiales requisitos de las partes, los actos procesales y, en general, el procedimiento para la resolución sobre la medida cautelar y sus relaciones con el proceso principal. El Código Procesal Civil supone un avance extraordinario en este aspecto, porque las normas reguladoras de la jurisdicción, competencia, partes y procedimientos para resolver sobre las medidas cautelares se establecen con carácter común, de aplicación general –salvo expresa previsión en contra– a cualesquiera medidas cautelares que se soliciten (nominadas o innominadas, incluidas en el propio Código o en leyes especiales). La aspiración del legislador ha sido dotar al ordenamiento procesal civil hondureño de un sistema de tutela cautelar lo más completo y unitario posible.

⁽⁹⁾ Véase Manuel ORTELLS RAMOS, «La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000», en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, varios autores, colección «Estudios de Derecho Judicial», vol. 44/2003, CGPJ, Madrid, págs. 597-598.

L. Alfredo de Diego Díez

2.º Por otro lado están las normas que rigen el fondo de la propia tutela jurisdiccional cautelar, es decir, determinan cuáles son los presupuestos que deben concurrir para que proceda acordar una medida cautelar, cuyo contenido y efectos igualmente son configurados por esas mismas normas. En materia jurisdiccional cautelar, las normas procesales no se limitan a regular cómo se llega a la resolución y los requisitos de los que depende su admisibilidad, sino que regulan el propio contenido de la resolución, rigen el juicio sobre la estimación de la pretensión interpuesta. Así como en el proceso principal el contenido de fondo de la sentencia lo determina una norma de derecho material, en el proceso cautelar ese contenido lo determina una norma procesal.

Las medidas cautelares se deberán acomodar en su solicitud a lo previsto en el texto del Código, de conformidad con el principio de legalidad procesal (arts. 3 y 7 del CPC) en materia de tutela cautelar (art. 2 del CPC). La articulación legal de las medidas cautelares se contempla fundamentalmente, pero no de modo exclusivo, en el Libro III del Código. En él se contiene la parte más importante, en sentido cuantitativo y cualitativo, de las disposiciones sobre la tutela cautelar civil, que serán supletorias de las regulaciones especiales. Pero fuera del mismo hay otras disposiciones que regulan singularidades de la tutela cautelar. Sin ánimo de ser exhaustivos, pueden citarse las siguientes:

1) Medidas cautelares en procesos sobre incapacitación de las personas (art. 642 del CPC).

2) Medidas cautelares en procesos sobre filiación, paternidad y maternidad (art. 648 del CPC).

3) Medidas provisionales en procesos matrimoniales (arts. 658 a 660 del CPC).

4) Medidas cautelares en procesos civiles sobre guarda, custodia y alimentos de menores (art. 664 del CPC).

5) Medidas cautelares en sede de procesos especiales por razón de la materia, como las de impugnación de acuerdos sociales (art. 509), competencia desleal (art. 519), propiedad industrial (art. 527), propiedad intelectual (art. 534), publicidad (art. 540), pretensión posesoria de suspensión de obra nueva (art. 605), arrendamiento financiero (art. 618.1).

6) Regulaciones especiales sobre la administración de fincas hipotecadas (art. 905), sobre el depósito de vehículos de motor hipotecados y bienes pignoralos (art. 906), sobre la formación de inventario y sobre la administración y disposición de los bienes, en la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 670 y 671), o en relación con la tutela sumaria (art. 683.3).

D) Autonomía del proceso cautelar

La tutela cautelar se desarrolla a través de un proceso con sustantividad propia, aunque sea instrumental del proceso principal. Ello es así porque la pretensión procesal, objeto

del proceso cautelar, es diferente de la que determina el objeto del proceso principal. Mientras que el objeto del enjuiciamiento (juzgar) consiste en declarar el derecho aplicable en el caso concreto y el objeto de la ejecución (ejecutar lo juzgado), en realizar forzosamente el derecho declarado, el objeto del proceso cautelar es la adopción de una serie de medidas que aseguren la efectividad de los otros dos procesos. Según el Código Procesal Civil, el objeto del proceso cautelar consiste en asegurar la efectividad «de la sentencia» (art. 350) o «de la protección jurisdiccional pretendida» (art. 356) en el proceso principal.

Si, conforme a los términos del artículo 2 del CPC, podemos hablar de una pretensión cautelar diferenciada del resto de pretensiones (declarativas, constitutivas o de condena), no hay razón alguna para no hablar también de un proceso cautelar, autónomo y distinto de aquel otro cuyo resultado asegura. Máxime si tenemos en cuenta que la medida cautelar se adopta bajo unos presupuestos procesales y en un procedimiento distinto y autónomo de aquel otro cuyo resultado asegura. Esta autonomía procesal exige un específico tratamiento normativo de la tutela cautelar en cuanto a los elementos objetivos, subjetivos y de la actividad que tiene su sede en los artículos 350 y siguientes del CPC, donde se regulan desde sus principios generales hasta el procedimiento para su adopción, pasando por el establecimiento de las clases de medidas y los trámites para la modificación y revocación de las ya adoptadas.

E) Concepto

De lo hasta ahora expuesto podemos articular un concepto de tutela cautelar. La tutela judicial cautelar es una modalidad de tutela judicial que, de acuerdo con el artículo 2 del CPC, puede ser otorgada en un proceso civil, si concurren los presupuestos legales de la misma.

Los elementos esenciales de esta modalidad de tutela son los siguientes:

1.º La sentencia, como resultado del proceso de declaración, que se pronunciará sobre la tutela judicial pedida en el mismo –condena, mera declaración, constitución–, no puede ser dictada en el mismo momento en el que es pedida, sino que el desarrollo del proceso, con sus garantías, requiere tiempo.

2.º Esa ineludible demora está justificada por ser necesaria para garantizar la defensa del demandado y el acierto de la sentencia que termina el proceso.

3.º Pero desde la perspectiva del actor esa demora constituye un inconveniente, porque durante la misma el demandado puede adoptar comportamientos que impidan o dificulten gravemente la efectividad de la tutela que pueda ser concedida al actor en el proceso de declaración.

La tutela cautelar es la modalidad de tutela judicial que está destinada a contrarrestar el riesgo de ineffectividad de la tutela que pueda ser concedida en el proceso de declaración, mediante una afectación de la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir aquel efecto.

L. Alfredo de Diego Díez

2. NATURALEZA JURÍDICA

Respecto de la naturaleza jurídica de la tutela cautelar se plantean dos cuestiones fundamentales:

1) Establecer si tiene naturaleza jurídica procesal o su naturaleza es la misma que la de otras garantías jurídico-privadas de los derechos. La solución de este problema repercute en el ámbito territorial y temporal de vigencia de las normas sobre la tutela cautelar.

2) Si, admitiendo que su naturaleza sea procesal, constituye un proceso con entidad propia o una actividad procesal dependiente de los procesos de declaración y de ejecución.

A) Medidas cautelares y garantías jurídico-privadas de los derechos

En algunos supuestos las leyes imponen al deudor obligaciones de realizar una prestación de aseguramiento, consistente en concluir un negocio jurídico destinado a la constitución de la correspondiente garantía (fianza, prenda, hipoteca), del cual nacerán a su vez los derechos personales o reales según la garantía constituida, en favor del acreedor. Tanto el derecho a la constitución de la garantía, cuanto los derechos que derivan de la creación de la misma tienen una indudable naturaleza jurídico privada; son nuevos derechos y facultades que se confieren al acreedor, que acompañan al derecho principal garantizado y dependen de él.

La tutela cautelar es diferente a estas garantías por varias razones, de las que se pueden destacar dos:

1.^a Las garantías jurídico-materiales existe la obligación de prestarlas independientemente de la pendencia del proceso. Pueden ser constituidas sin necesidad de intervención judicial, cumpliendo el deudor voluntariamente su obligación de prestarlas. Los propios derechos que origina su constitución son susceptibles de satisfacción extrajudicial: así, el fiador puede pagar voluntariamente en caso de incumplimiento del deudor. Por el contrario, las medidas cautelares sólo pueden adoptarse en relación con un proceso y la práctica de las mismas no puede entenderse como cumplimiento de una obligación del demandado, sino como sujeción del mismo al ejercicio de la potestad jurisdiccional.

2.^a Por fin, hay que reseñar una última diferencia muy importante. Si se hace valer en el proceso un derecho material de garantía, bien pretendiéndose su constitución, bien su cumplimiento, y el proceso termina sin sentencia sobre el fondo del asunto, aquel derecho permanece subsistente y eficaz. Contrariamente, si se ha obtenido una medida cautelar y el proceso termina sin pronunciamiento sobre el fondo, la medida cautelar se extingue. Esto demuestra que, a diferencia de los derechos materiales de garantía, las medidas cautelares desarrollan su eficacia sólo en el plano de la tutela jurisdiccional de los derechos.

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

Por estas razones está también justificado sostener la naturaleza jurídica procesal de la tutela cautelar. Ciertamente no es un obstáculo para ello que la regulación de la misma no se limite a ser regulación de procedimientos y de presupuestos de admisibilidad del pronunciamiento sobre la tutela, sino también una regulación de las condiciones de fondo para la concesión de la tutela y de los efectos de la misma. El Derecho procesal no agota su ámbito normativo en la regulación de aspectos formales, sino que comprende también la regulación de determinados bienes jurídicos que exclusivamente en el proceso pueden obtenerse. Esto ocurre, de manera particularmente ostensible, en materia cautelar.

B) Consecuencias de la naturaleza jurídica procesal de la tutela cautelar

La naturaleza jurídica procesal de la tutela cautelar tiene consecuencias, principalmente, sobre la vigencia en el espacio y en el tiempo de las normas que la regulan.

En cuanto a la vigencia territorial, los tribunales de la jurisdicción estatal competente deben aplicar a las solicitudes sobre tutela cautelar el Derecho de su foro. El Derecho del foro –desde la perspectiva que aquí adoptamos: el Derecho hondureño– es el aplicable a las medidas cautelares que pueden pedirse y obtenerse de los tribunales de ese foro; la configuración de sus presupuestos y efectos corresponde a ese Derecho, así como también la de su régimen procedimental. En tal sentido el artículo 353 CPC. Ello implica que las medidas cautelares aplicables son solo las previstas en el Código o en leyes especiales hondureñas, sin que sea posible extender la tutela cautelar a medidas cautelares que rijan en otros derechos pero no en el nacional.

En cuanto a la vigencia temporal, la ley aplicable a la tutela cautelar es la vigente en el momento de solicitarla –o de formular cualquier otra petición respecto de la misma–, sin que ello suponga una aplicación retroactiva de ley en los supuestos en que la ley vigente en el momento de constituirse la relación jurídico-material deducida en juicio, concediera la medida cautelar sobre unos presupuestos diferentes a los que establece la ley vigente en el momento de formularse la solicitud. En el Código los problemas de vigencia temporal o derecho transitorio se prevén en la disposición transitoria primera, si bien es una regulación parcial pues no prevé la solución al régimen legal de las medidas cautelares que se soliciten, tras la entrada en vigor de esta Ley, en los procesos iniciados antes de su vigencia, aunque la solución más acertada será considerar que dichas medidas cautelares se regirán por lo dispuesto en el Código de Código Procesal Civil. Si prevé en cambio el régimen transitorio para las medidas ya adoptadas que se regirán por las disposiciones de la legislación anterior, pero se podrá pedir y obtener su revisión y modificación con arreglo a la presente Ley.

3. CARACTERES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

A) Jurisdiccionalidad

La tutela cautelar únicamente es dispensable por los órganos jurisdiccionales. La

L. Alfredo de Diego Díez

jurisdicción (potestad jurisdiccional) es un monopolio estatal que se residencia en los órganos jurisdiccionales (encarnados por jueces y magistrados independientes) con carácter exclusivo y excluyente (arts. 303 y 304 de la CRH). Se constitucionaliza así el principio de exclusividad en sentido positivo, de manera que sólo a los órganos jurisdiccionales les corresponden no solo las funciones de juzgar y ejecutar lo juzgado, sino también la función cautelar que, como vimos, es una manifestación más de la función jurisdiccional dirigida, precisamente, a garantizar la efectividad de las otras dos.

En suma, ningún órgano no jurisdiccional tiene facultades para proporcionar tutela cautelar a las partes de un conflicto (así se deriva de toda la articulación del Libro III del CPC); ni siquiera el encargado de decidirlo arbitrariamente (arts. 353 y 381.2 del CPC)⁽¹⁰⁾.

B) Instrumentalidad

Las medidas cautelares tienen como objetivo «asegurar la efectividad y el cumplimiento de la sentencia» que recaiga en el proceso principal (art. 350.1 del CPC) o, si se prefiere, son conducentes a «asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional pretendida» en el proceso principal (art. 356 del CPC). Como se ve, la tutela cautelar no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal (y a este mismo proceso), cuya efectividad práctica tiende a asegurar⁽¹¹⁾. Así pues, si la sentencia puede considerarse como el instrumento mediante el cual se actúa el Derecho en el caso concreto, la tutela cautelar es, a su vez, el instrumento para que lo anterior pueda producirse sin riesgo de ineficacia. De ahí que las medidas cautelares se configuren como instrumentos del instrumento, por su instrumentalidad cualificada⁽¹²⁾.

Del carácter instrumental de las medidas cautelares se deriva el hecho de que solo puedan adoptarse si está pendiente un proceso principal o si va a iniciarse inmediatamente; en este último caso las medidas se adoptan sometidas a condición resolutoria: «caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los diez (10) días de cumplidas»

⁽¹⁰⁾ Sostiene esta interpretación Juan POCH SERRATS, «Las medidas cautelares en la Ley del Arbitraje», en *Medidas cautelares por razón de la materia*, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, vol. 17/1997, págs. 244-245; entre otras razones, afirma dicho autor que «la decisión sobre las medidas adecuadas a asegurar la efectividad del laudo comporta un juicio de valor, una depuración derivada de una actividad jurisdiccional que no puede ser absorbida ni aniquilada por la opción contractual o equivalente jurisdiccional por cuanto y en definitiva, la apreciación del *fumus bonis iuris* y del *periculum in mora* son el resultado de una percepción, análisis y confrontación, que solamente puede ser dinamizada dentro de una actuación jurisdiccional en su sentido propio y trascendente».

La excepción a esta general competencia judicial se encuentra en el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, aprobado mediante Resolución de la Asamblea General de 15 de diciembre de 1976. Este precepto faculta al tribunal arbitral para adoptar, a petición de cualquiera de las partes, las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto del litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes perseguidos por la pretensión material e incluso ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se enajenen los percederos.

⁽¹¹⁾ Piero CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, págs. 21-22, dice a este respecto que las resoluciones cautelares tienen «más que el fin de actuar el Derecho, el fin inmediato de asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva que servirá para actuar el Derecho. La tutela cautelar es, respecto al derecho sustancial, una tutela *mediata*: más que para hacer justicia, sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia».

⁽¹²⁾ Piero CALAMANDREI, *ibidem*.

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

(art. 352 del CPC)⁽¹³⁾. Pero, una vez adoptadas las medidas, también su modificación y su alzamiento son efectos propios de esa posición accesoria, instrumental respecto del proceso principal. Así, por un lado, las medidas podrán modificarse en función de hechos o circunstancias que no se tuvieron en cuenta a la hora de su adopción (arts. 385.5 y 394.1); por otro, la suerte de las medidas, en lo que se refiere a su vigencia, corre pareja a la del proceso principal en función del cual se adoptaron, de manera que las alteraciones que se produzcan en éste, singularmente a raíz del signo de la sentencia que termine la primera instancia, implicarán, por lo menos, una posibilidad de cambio en las medidas (art. 395). También la temporalidad de las medidas (esto es, su duración limitada, como máximo, hasta la terminación del proceso principal), es una consecuencia de su carácter instrumental.

El carácter instrumental de la tutela cautelar permite distinguirla de la tutela sumaria (arts. 686 a 689), y ello aunque una y otra a veces coincidan en su finalidad de evitar la frustración de ciertos derechos, a causa de la duración de un proceso plenario. A diferencia de la tutela cautelar, que se adopta a la espera de la sentencia del proceso principal y está destinada a desaparecer con ella, la resolución de un proceso sumario puede mantener indefinidamente su eficacia si ninguna de las partes pretende su modificación en un proceso plenario posterior (art. 688.2 del CPC)⁽¹⁴⁾

C) 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, bien porque la pretensión ha sido desestimada, bien porque la sentencia principal ha sido cumplida o bien porque se hayan realizado ya actos ejecutivos que privan de razón de ser a los cautelares.

El Código Procesal Civil alude a la provisionalidad al referirse a los «alimentos provisionales» (art. 648), a las medidas «provisionales» en los procesos matrimoniales (arts. 658, 660, 662, 663).

D) Temporalidad

Las medidas cautelares tienen una duración limitada en el tiempo. Pese a producir efectos desde el momento en que son concedidas, tienen una duración temporal

⁽¹³⁾ El Código posibilita que las medidas cautelares pueden solicitarse tanto en un momento anterior al del inicio del proceso, como al mismo tiempo que se interpone la demanda o una vez que el proceso está ya en litispendencia, como se desprende del artículo 352. Pero en virtud del principio de instrumentalidad del proceso cautelar, no puede haber medidas cautelares sin que exista un proceso principal al que estén anudadas. El proceso cautelar una vez iniciado es autónomo pero siempre instrumental de uno principal. Sin proceso principal las medidas cautelares decaen, y por ello el artículo 352 establece que si las medidas cautelares se solicitan antes de haberse iniciado el proceso y no se presenta demanda dentro de los diez días de cumplidas aquéllas, las medidas caducarán de pleno derecho y el peticionario será condenado al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados.

⁽¹⁴⁾ Véase Manuel ORTELLS RAMOS, «La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000», en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 44/2003, CGPJ, Madrid, págs. 602 y 603.

L. Alfredo de Diego Díez

supeditada a la pendencia del proceso principal. Puede afirmarse, por tanto, que las medidas cautelares nacen para extinguirse como consecuencia de su carácter instrumental y provisional, dado que, en cuanto desaparecen los presupuestos o motivos que llevaron a su adopción, se procederá al alzamiento o extinción de las mismas.

Así pues, las medidas cautelares se extinguirán cuando el proceso principal termine por sentencia, o incluso antes, por aplicación del instituto de la caducidad.

1. *Precisamente por su carácter instrumental, una vez dictada sentencia firme en el proceso principal, se extinguen las medidas cautelares adoptadas. Así, si la sentencia ha sido desestimatoria, deben dejarse sin efecto todas las medidas cautelares adoptadas (art. 396 del CPC), porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados. Si la pretensión ha sido estimada, la medida también debe extinguirse, porque entonces ya puede desplegar sus efectos la sentencia, mediante su ejecución forzosa (arts. 742 y ss. del CPC).*

2. *Aunque la sentencia no sea firme, si es desestimatoria, también habrán de alzarse de inmediato las medidas cautelares adoptadas (art. 395.1 del CPC), salvo que el demandante manifiesta su intención de recurrir o de pedir el mantenimiento o modificación de las medidas. En tales supuestos, el Tribunal, oída parte contraria y atendidas las circunstancias del caso, resolverá lo procedente.*

3. *Nada se dice si la sentencia es estimatoria, pero no firme. Cabe pensar que las medidas se mantienen durante los recursos procedentes. Aunque, si el demandante pide y obtiene la ejecución provisional de la sentencia (arts. 771 y ss. del CPC), consecuentemente deberían, al mismo tiempo, extinguirse las medidas cautelares.*

4. *Por último, las medidas tienen una duración máxima de 3 años contados desde la fecha de su ejecución, caducando a partir de entonces (art. 397 del CPC). Si el pleito principal no hubiese concluido, las medidas podrían volver a adoptarse a instancia de parte, disponiendo el juez su reactualización.*

5. *El artículo 354.c) faculta al tribunal para que, de oficio, establezca el término de duración de la medida adoptada.*

E) Variabilidad

Otra característica, consecuencia directa de la instrumentalidad de las medidas, es su variabilidad en función de las circunstancias concurrentes. Del artículo 383.1 del CPC se desprende que las medidas cautelares son susceptibles de «modificación, sustitución o cese». Quiere ello decir que pueden variarse, de conformidad con el principio *rebus sic stantibus*, cuando se alteren los presupuestos o motivos que sirvieron de soporte para su adopción (STC 105/1994). De este modo, las medidas inicialmente denegadas pueden reproducirse si cambian las circunstancias existentes en el momento de la adopción (art. 385.5), y las ya adoptadas pueden ser sustituidas por otras (arts. 383.1 del CPC), modificadas (art. 394 del CPC) o levantadas (art. 395 del CPC).

Ello no quiere decir que en la tutela cautelar se obvie la autoridad de cosa juzgada

material, derivada de la irrevocabilidad del auto firme acordando o denegando las medidas. Como cualesquiera otras, las resoluciones sobre medidas cautelares adquieren firmeza —siendo entonces inatacables— cuando no son susceptibles de recurso alguno, o cuando, aun siendo posible interponerlo, transcurre el plazo legalmente previsto sin que ninguna de las partes llegue a formularlo (art. 195 del CPC). Lo que sucede es que, cuando la situación inicialmente juzgada ha variado, ya no podemos hablar de firmeza y de cosa juzgada. Y eso es precisamente lo que sucede en la tutela cautelar. Los presupuestos de hecho tenidos en cuenta para dictar la resolución cautelar son cambiantes en el tiempo: desaparecen unos y aparecen otros, de manera que, si el fundamento fáctico e histórico que integra la causa petendi varía por el transcurso del tiempo, quiebra una de las identidades en que se funda el instituto de la cosa juzgada material (art. 210.3 del CPC) y nos hallaríamos ante una relación material distinta de la ya decidida.

En suma, las medidas cautelares son revisables tanto en su subsistencia, como en su alcance y extensión, siempre que la solicitud se funde en hechos o circunstancias que no pudieron tomarse en consideración al tiempo de ser acordadas o de oponerse a su concesión; hechos nuevos y distintos que, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 210.3 del Código, no integran la cosa juzgada material.

F) Disponibilidad

En el actual sistema procesal civil la vigencia del principio dispositivo exige que la actividad jurisdiccional cautelar —al igual que las demás modalidades de tutela— se realice a solicitud de parte. En este sentido, el artículo 350.2 del CPC determina categóricamente que «las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte». El carácter dispositivo de las medidas se completa señalando que la legitimación para solicitarlas la tiene la parte actora o el demandado reconviniente (art. 350.1 del CPC), y exigiendo que la solicitud de parte contenga «la precisa determinación de la medida y de su alcance» (art. 380.1 del CPC).

Sin embargo, la rotundidad de las anteriores disposiciones se ve enervada por el propio Código en cuanto prevé toda una serie de facultades de oficio que pueden ser ejercitadas por el juez en el proceso cautelar:

1.º Los artículos 354.a) y 357 del CPC autorizan al juez a ordenar ex officio medidas distintas de las pedidas por la parte, estén o no tipificadas, siempre que cumplan dos condiciones: han de ser menos gravosas para el demandado y tan adecuadas para garantizar la pretensión del solicitante como las efectivamente pedidas. La facultad judicial no abarca, por supuesto, la posibilidad de imponer otras medidas cautelares más onerosas para el demandado que las efectivamente solicitadas⁽¹⁵⁾; en este último caso estaríamos ante una

⁽¹⁵⁾ Mediante esta facultad judicial, dirigida a modular la solicitud de medidas cautelares, se intenta armonizar el derecho del solicitante a obtener una adecuada tutela cautelar con el derecho del demandado a sufrir el menor perjuicio posible en la intervención que supone la medida cautelar en su esfera patrimonial y de derechos. El juez puede actuar de oficio para ordenar una medida menos onerosa, e incluso puede tratarse de una medida innominada, como se desprende del citado artículo 354, letra a). No se rebasan con ello los límites del principio dispositivo porque, aun siendo la medida menos gravosa que la pedida por el

L. Alfredo de Diego Díez

incongruencia por exceso⁽¹⁶⁾.

2.º Los literales b) y c) del citado artículo 354 del CPC, dejan por completo en manos del tribunal el alcance y duración de la medida.

3.º El mismo artículo 354, literales d) y e), faculta al juez para que, de oficio, pueda disponer la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada, y para exigir la prestación de contra cautela suficiente salvo los casos exceptuados. El levantamiento de oficio de las medidas viene reforzado por la previsión de los artículos 395 y 396 del CPC.

G) Brevidad procedimental

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. En consecuencia, si el proceso cautelar tiene su razón de ser en la duración de los otros dos procesos (el de enjuiciamiento y el de ejecución), no pueden concederse o denegarse las medidas a través de un procedimiento complejo y largo, pues en este caso su realización no tendría sentido. El Código, como posteriormente se examinará más detenidamente, establece un rápido trámite, tanto para la petición ordinaria con audiencia de parte (artículo 384 CPC), como en los casos de oposición del demandado en las medidas acordadas inaudita parte (artículo 390 CPC).

H) Proporcionalidad

Se alude con estos términos al juicio de ponderación que ha de presidir la adopción de la medida cautelar, calibrando las consecuencias gravosas que puede generar al demandado en una situación determinada y los fines que puede cumplir para el resultado del proceso en que se aplica.

Las medidas, dice el Código Procesal Civil, han de ser necesarias y apropiadas para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional pretendida (arts. 350 y 356) y se adoptarán siempre que el juez no considere que puede imponer otra menos rigurosa que la solicitada, pero suficiente (art. 354.a). El artículo 357 trata específicamente la

solicitante, la condición es que sirva igual de efectivamente a la tutela cautelar de la pretensión (siendo más proporcional debe ser igualmente adecuada). Por supuesto, lo que es admisible en cuanto a la adopción de una medida menos gravosa, resultaría inaceptable si la medida ordenada por el juez fuese más gravosa que la solicitada, porque no sólo se estaría, ahora sí, rebasando el legítimo ámbito del principio dispositivo, yendo más allá de lo que el solicitante ha determinado, sino que se infringiría el derecho de defensa (audiencia) del demandado, quien no habría tenido oportunidad alguna de ser oído al respecto.

⁽¹⁶⁾ Para que la incongruencia por exceso sea constitutiva de una lesión a la tutela judicial se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), «suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes» (STC 20/1982). Basándose en esta doctrina, la STC 182/2000 estimó que, al adoptar el órgano judicial como medida cautelar la intervención de una empresa, y no solo la intervención de sus acciones, que era lo que se le había solicitado, estaba extralimitando el objeto del debate procesal, tal y como le había sido delimitado por las partes, dando lugar a una incongruencia por exceso.

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

proporcionalidad y adecuación de las medidas, facultando al órgano judicial para que ordene todas aquellas medidas que resulten menos onerosas para el demandado según las circunstancias del caso, siempre que sean tan adecuadas para garantizar la pretensión del solicitante como las efectivamente pedidas. Sin embargo, no se podrán ordenar otras medidas cautelares más gravosas que las efectivamente solicitadas.

De lo anterior podemos extraer algunas conclusiones: La medida ha de ser necesaria y adecuada a los fines pretendidos en el caso concreto. La lesión que se produzca no debe ser de tal entidad que llegue a ser inasumible por el afectado. La proporcionalidad exige un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, e implica examinar el estado en que se encontraría el sujeto pasivo de la medida tras la adopción de la misma. Del resultado de tal ponderación puede llegarse a no adoptar la medida solicitada por causar perjuicios irreparables o excesivamente gravosos para el demandado, sustituyéndola por una medida distinta, siempre que cumpla la misma finalidad y sea menos onerosa.

Un ejemplo en cuanto a la aplicación de este principio lo encontramos al decidir, en un proceso sobre nulidad de la compraventa de un inmueble, si procede acordar la anotación preventiva de la demanda o la prohibición de disponer. El AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), de 16 de febrero de 2004, entiende que la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad es suficiente para asegurar el buen resultado de la pretensión ejercitada si, finalmente, ésta se estima; y, continúa diciendo: «Lo que no procede es acordar la medida de prohibición de enajenar, pues en la anotación ya va implícita la finalidad que se conseguiría con aquélla ya que el tercero que la adquiera debe saber que su derecho dependerá de la decisión del litigio por la que tendrá que pasar si es favorable a la actora».

También la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2.ª), en auto de 7 de mayo de 2002 se decanta por la medida menos gravosa y suficiente para el aseguramiento del fallo. Para el tribunal cordobés:

No está justificada la adopción de una medida cautelar de tanta trascendencia cual es una prohibición de disponer que supone nada menos que privar al demandado de una facultad insita en el derecho de propiedad lo que lleva a la jurisprudencia, con carácter genérico a interpretar muy restrictivamente las cuestiones relacionadas con esta figura.

Precisamente, consciente de todo ello, aunque también con carácter genérico el art. 726-1-2 de la vigente LEC (equivalente al artículo 357 del CPC) trata de que la medida cautelar sea lo menos gravosa posible y establece como requisito para su concesión “no ser susceptible la sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado”, en cuyo supuesto se encuentra con mucho mejor encaje técnico la anotación preventiva de la demanda a la que específicamente alude el art. 727-5.ª, y que podría producir los mismos efectos que la prohibición de disponer pues si lo que teme el recurrente es que un tercero de buena fe adquiriese las fincas litigiosas y procurarse los beneficios del art. 34 de la Ley Hipotecaria –como reiteradamente afirma su escrito de recurso– esta finalidad se logra con la anotación preventiva de la demanda cuya finalidad es precisamente la de enervarla presunción que dicho artículo establece.

Con todo, hay ocasiones en que los tribunales españoles han adoptado ambas medidas, como es el caso del auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6.ª), de

L. Alfredo de Diego Díez

28 de abril de 2005. El proceso principal tenía como objeto la condena del demandado al otorgamiento de escritura pública de compraventa de bien inmueble. Y, el tribunal sevillano apreció que «existe el peligro de que el vendedor proceda a la venta a favor de terceras personas y ver así frustrados sus derechos las demandantes en el supuesto de que tales terceros llegasen a ser adquirentes de buena fe».

4. EFECTOS

A) Medidas típicas y medidas innominadas

Para la configuración de los efectos de las medidas cautelares –es decir, de los contenidos jurídicos y materiales de las actuaciones en las que consisten las mismas– el legislador puede utilizar una doble técnica:

a) Efecto de aseguramiento

1) Determinarlos de forma reglada, esto es, estableciendo unas medidas cautelares llamadas típicas y que corresponden a presupuestos también determinados.

2) Atribuir a los tribunales la facultad de establecer las medidas cautelares que sean necesarias atendiendo a los presupuestos concurrentes en el caso concreto (son las medidas conocidas como «innominadas»). Ese poder ha de ejercerse con sujeción a unos criterios con los que el legislador lo encauza y limita, dirigiéndolo a los fines de la tutela cautelar.

Generalmente estas técnicas no son excluyentes, sino concurrentes. Principalmente porque si la ley sólo utilizara la primera –es decir, la determinación reglada de las medidas– la tutela cautelar sería, con seguridad, insuficiente, dado que es imposible que el legislador prevea tantas medidas cautelares como sean las adecuadas para los diferentes derechos e intereses cuya tutela puede pretenderse en el proceso principal y para la variedad de riesgos que pueden amenazar la efectividad de esa tutela. Esto conduce a que un sistema de medidas típicas se complete, normalmente, con una norma que apodere al tribunal para completar la tutela no prevista por la ley de forma reglada.

El Código Procesal Civil combina estas dos técnicas. Así, en primer lugar, el artículo 355 establece un listado de medidas cautelares específicas (típicas); también el artículo 356 se remite a otras medidas previstas expresamente en las leyes –por tanto, igualmente típicas– (ya se encuentren en el propio Código o en otras normas extravagantes al mismo). Pero este último precepto cierra el catálogo con una cláusula general relativa a «la adopción de cualquier medida cautelar que se estime necesaria para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional pretendida» (esto es, autoriza las llamadas medidas innominadas); y, en el mismo sentido, el artículo 354.a) autoriza al tribunal a acordar una medida menos onerosa que la pedida, aunque «no esté tipificada o nominada». En segundo lugar, los artículos 350, 351 y 357 vienen a establecer una serie de criterios con arreglo a los cuales deberá ejercitarse en todo caso la potestad del tribunal de configurar las medidas cautelares, ya sean típicas o innominadas.

A través de esta combinación se garantiza por un lado un conjunto de medidas,

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

algunas de las cuales son desarrolladas después ampliamente por el Código, regladas y sometidas a una serie de principios básicos de cada una de ellas en función de la concreta pretensión que se ejercita en el proceso; por otro lado permite un cierto margen de maniobra al juez y a las partes, a la hora de adaptar las medidas cautelares tanto a la realidad social como a la evolución económica de la sociedad. A través de este doble mecanismo se logra la finalidad propia de las medidas, esto es, su eficacia para garantizar la pretensión pendiente de resolución ante los tribunales.

B) Clases de efectos de las medidas cautelares

Ya hemos advertido en otro lugar que las medidas cautelares no se limitan exclusivamente a asegurar el resultado del juicio sino que, en ocasiones, anticipan dicho resultado con la finalidad de garantizar no solo la ejecución de la sentencia, sino la satisfacción de la pretensión. Pues bien, los efectos de los que el tribunal puede dotar a las medidas cautelares, pueden sistematizarse en tres grandes grupos⁽¹⁷⁾:

Estos efectos suponen, como su propio nombre indica, un aseguramiento de la situación; en ningún caso conllevan una satisfacción adelantada de la pretensión deducida en el proceso principal. Las medidas de aseguramiento mantienen o constituyen una situación adecuada para que, cuando llegue el momento de hacer efectiva la sentencia del proceso principal, pueda llevarse a cabo sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud.

Esta clase de efectos constituyen el contenido de las medidas cautelares que es aceptado más amplia y pacíficamente, porque responde con exquisitez al criterio de la mínima injerencia en la esfera jurídica del demandado hasta la emisión de la sentencia firme (o, en su caso, simplemente, ejecutiva). Consiguientemente, si las medidas de esta clase son adecuadas y suficientes para posibilitar la efectividad de la sentencia, el tribunal deberá optar por las mismas con arreglo al artículo 357 del CPC.

Sin ánimo exhaustivo, son medidas con efectos de mero aseguramiento, las siguientes:

1) El embargo preventivo, que asegura, frente al riesgo de insolvencia del demandado, la eficacia de la ejecución dineraria de las sentencias que, directa o indirectamente, condenen al pago de dinero (art. 355.1.ª del CPC).

2) La anotación preventiva de demanda y otras anotaciones registrales. La publicación en el Registro de la situación litigiosa excluye la buena fe del tercero que se relaciona con el demandado respecto del derecho litigioso, de modo que la sentencia estimatoria de la pretensión podrá ser eficaz incluso frente a éste, de manera directa o indirecta (art. 355.6.ª del CPC).

3) La intervención y la administración judiciales de bienes productivos, para mantener o mejorar su productividad y, en suma, que no pierdan su valor durante el proceso a consecuencia de la mala gestión del demandado (arts. 355.4.ª y 367 del CPC).

⁽¹⁷⁾ Seguimos en este punto a Manuel ORTELLS RAMOS, «Las medidas cautelares», en *Proceso civil práctico*, ob. cit., tomo VIII, págs. 1015 a 1020.

L. Alfredo de Diego Díez

4) El depósito judicial de bienes muebles; la formación de inventarios de bienes; la intervención y depósito de rendimientos obtenidos por la explotación de derechos cuya titularidad y disfrute se reclama en el proceso (art. 355.5.^a, 6.^a y 9.^a del CPC). Todas ellas se dirigen a asegurar que ciertos bienes estén disponibles para lo que proceda realizar con los mismos en la ejecución.

b) Efectos de conservación de la situación existente en el momento de plantearse el litigio

Esta segunda clase de efectos cautelares trasciende el mero efecto de aseguramiento, superando así la mínima injerencia que suponía la clase anterior. Aquí se trata de preservar el statu quo previo al conflicto, manteniendo un estado de hechos que beneficia al actor y cuya alteración por el demandado ha dado origen al litigio. De ahí que estos efectos confieran una cierta satisfacción a la pretensión interpuesta en el proceso principal.

Este alcance de las medidas cautelares ha sido criticado aduciendo que supone autorizar una ejecución sin título. Sin embargo, si no se permitiera que las medidas llegasen más allá de los meros efectos aseguratorios, las consecuencias serían más graves que una ejecución sin título; supondría tolerar el riesgo de que durante la pendency del proceso de declaración, el litigio existente entre las partes fuera resuelto extraprocesalmente mediante la autotutela activa o pasiva de alguna de ellas, sin otro límite que el muy remoto que pueda establecer la ley penal (sometida al principio de intervención mínima).

La opción que se abre ante el legislador es, por tanto, tolerar soluciones del conflicto mediante la autotutela durante el proceso o posibilitar la heterocomposición judicial mediante resoluciones de eficacia provisional. El postulado del Estado de Derecho (art. 1 de la CRH) impone rechazar la autotutela (método primitivo para solventar los conflictos) e inclinarse decididamente por una tutela judicial provisional, aun con riesgos de error.

Esta ha sido la línea seguida por el legislador hondureño, de suerte que el CPC dispone medidas cautelares de hacer y de no hacer, tendentes a conservar la situación existente al plantearse el litigio, evitando su alteración por conductas activas u omisivas. Tales medidas son, por ejemplo, las siguientes:

1) Suspensión de acuerdos sociales impugnados (art. 355.11 del CPC), que impide la realización de las actividades o actuaciones decididas por tales acuerdos.

2) Órdenes de cese provisional de actividad, o de abstención de realizar una conducta, o prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo (artículo 355.8.^a del CPC)⁽¹⁸⁾; medidas, todas ellas, que satisfacen precisamente, aunque de modo provisional, aquellos derechos o intereses cuya legitimidad o conformidad a Derecho ha de resolver la sentencia del proceso

⁽¹⁸⁾ Considérese este ejemplo: Salmedina S.A. es promotora de una gran urbanización residencial en el Golfo de Fonseca. Para dar servicio de agua potable compró a Infraestructuras Turísticas S.A. determinado número de dotaciones de agua, que deben ser suministradas mensualmente. Durante unos años Infraestructuras cumplió debidamente el contrato, poniendo el agua a pie de las instalaciones de distribución de la urbanización. En determinado momento, aduciendo la imposibilidad derivada de haber sido obligada a cerrar dos de los pozos de captación, Infraestructuras reduce la entrega mensual

principal⁽¹⁹⁾.

c) Efectos innovativos de la situación existente al plantearse el litigio y anticipatorios de satisfacción de la pretensión

En algunas legislaciones modernas, entre ellas la hondureña, se han impuesto, junto a las clásicas medidas cautelares de fines conservativos, una suerte de tutela cautelar anticipatoria. Ya no se trata de conservar la situación existente al plantearse el litigio, sino de introducir una innovación, imponiendo anticipadamente (aunque sea con la provisionalidad propia de las medidas cautelares) una satisfacción de la pretensión interpuesta en el proceso principal que, extraprocesalmente, no ha sido reconocida. Ejemplos típicos de estos efectos son los alimentos provisionales a cargo del demandado en los procesos de filiación (art. 648.2 del CPC), o la custodia de los hijos y el uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (art. 658.4 del CPC). No por ello pierden su carácter cautelar, en cuanto siguen siendo instrumentales y están ligadas al resultado de un proceso principal.

Como se ve, en el Código Procesal Civil existen ejemplos muy claros de medidas cautelares en las que expresamente se prevén esta clase de efectos innovativos y anticipatorios. La cuestión es si el Código autoriza medidas de esta índole fuera de aquellos casos en que estén concreta y expresamente previstas. Veamos:

1) Respecto de las prestaciones de «no hacer», el artículo 355.8 del CPC contempla con generalidad la posible adopción de medidas cautelares específicas, en orden tanto a cesar en una actividad o conducta iniciada como a abstenerse temporalmente de iniciarla; luego, con apoyo en este precepto, no existe problema para acordar medidas cautelares con efectos innovativos respecto de conductas de abstención.

2) Más problemáticos son los supuestos de las prestaciones «de hacer» o «de dar». El artículo 355.8 del CPC solo considera expresamente la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación «que viniera llevándose a cabo»; es decir, admite la posibilidad de mantener el estado de hecho anterior al planteamiento del litigio (mediante la orden de que se continúe realizando la prestación que venía llevándose a cabo hasta el momento de iniciarse el mismo), pero no contempla la posibilidad de innovar nada en orden a hacer o dar algo que ni se hacía ni se daba antes del litigio. Ahora bien, el hecho de que el artículo 355.8 del CPC se refiera exclusivamente a la posibilidad

debida a un 25 por ciento. Salmedina S.A. podría obtener unas medidas consistentes en ordenar a Infraestructuras que continúe suministrando los caudales de agua en las cantidades convenidas, mientras en el proceso principal se debate y resuelve sobre la eficacia del contrato.

⁽¹⁹⁾ Piénsese, por ejemplo, en la Ley de Propiedad Industrial (Decreto 12-99-E) o en la Ley del Derecho de Autor y de los derechos conexos (Decreto 4-99-E). A través de estas medidas se puede producir la cesación provisional de actos que violen el derecho del titular de la patente y la retención y depósito de objetos producidos o importados con violación de aquel derecho y de los medios exclusivamente destinados a tal producción a la realización del procedimiento patentado (véase también el art. 163 de la LPI); la suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública y el secuestro de ejemplares producidos o utilizados y del material empleado exclusivamente para la reproducción o comunicación-pública violando el derecho de propiedad intelectual (véase también el art. 174 de la LDA y DC).

L. Alfredo de Diego Díez

de prohibir la interrupción de prestaciones iniciadas, no **excluye** que, al socaire de lo dispuesto en los artículos 350.1 y 356 del CPC, puedan adoptarse *medidas ordenando hacer o dar algo* que no se venía haciendo ni dando antes del litigio. Para empezar, el artículo 355 es un simple desarrollo abierto y ejemplificativo, no una acotación, de los artículos 350.1 y 356 que tienen un campo de acción más amplio.

Además, estos últimos preceptos autorizan a que se soliciten (y se adopten) las medidas cautelares necesarias y apropiadas para asegurar «la efectividad y el cumplimiento de la sentencia que recaiga» (art. 350.1) y «la efectividad de la protección jurisdiccional pretendida» (art. 356). Obsérvese que lo que se pretende asegurar no es solo el cumplimiento de la sentencia, es decir, su ejecución legal, sino también la efectividad de la misma y de la pretensión. Asegurar la efectividad de la sentencia o de la pretensión es algo más que asegurar su ejecución, supone proteger su cumplimiento pleno, en contraposición a la indemnización procedente en cuanto a la parte de la sentencia que no se pueda cumplir (por ejemplo, .

Sin embargo, de hecho es posible la adopción de medidas con esta clase de efectos. Piénsese, por ejemplo, en las medidas que pueden ser adoptadas en el proceso de incapacitación, al amparo del artículo 642.1 y 2 del CPC, que, en cuanto consistan en el nombramiento provisional de un tutor o de un curador para el cuidado personal y del patrimonio del demandado, anticipan la restricción de capacidad que podrá establecer la sentencia principal.

5. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

A) Por sus efectos

Superada la tesis clásica que, con una concepción restrictiva de las medidas cautelares, consideraba que únicamente tienen una función de aseguramiento de la ejecución de las resoluciones de condena, sin posibilidad alguna de satisfacción provisional –lo que llevaba a mantener el requisito de homogeneidad entre las medidas cautelares y ejecutivas–, se otorga a las medidas cautelares una mayor amplitud en concordancia con su función de asegurar la efectividad de la sentencia, de forma que existen medidas de esta naturaleza que exceden del mero aseguramiento, ya que puede coincidir la pretensión cautelar con la que se deduce en el proceso principal, en cuyo caso la medida cautelar incidirá sobre la misma situación sobre la que ha de resolver la sentencia que ponga término a éste, viniendo a anticipar provisionalmente sus efectos.

Si bien en consideración a su finalidad se ha distinguido entre medidas que aseguran la ejecución, medidas que conservan la situación de hecho tal cual se encontraba al inicio del litigio y medidas que anticipan el resultado del proceso, entiendo que dicha clasificación responde más propiamente a sus diferentes efectos, ya que en todo caso la finalidad de la medida cautelar es asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, y en atención a éstos, pueden diferenciarse las siguientes:

- a) Medidas que aseguran la ejecución o de aseguramiento de la situación adecuada

para que una vez dictada sentencia en el proceso principal pueda procederse a su ejecución, así el embargo preventivo, la anotación preventiva de la demanda, el depósito judicial de bienes muebles, la formación de inventario de bienes, o intervención o administración judicial de bienes productivos.

b) Medidas que conservan la situación de hecho tal como se encontraba al plantearse el litigio, evitando que se resuelva extraprocesalmente mediante la autotutela por acción u omisión de alguna de las partes. Confieren una cierta satisfacción a la pretensión interpuesta en el proceso principal. Pertenecen a esta clase la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de prestaciones que vinieran llevándose a cabo hasta el momento de iniciarse el litigio, suspensión de acuerdos de órganos sociales.

c) Medidas que producen una innovación sobre la situación jurídica preexistente al proceso principal satisfaciendo lo que extraprocesalmente nunca fue reconocido, así la fijación de alimentos provisionales que el juez ha de acordar a cargo del demandado cuando haya sido reclamada judicialmente la filiación.

B) Por su contenido

Junto a la actuación con relación a bienes y derechos del demandado el legislador contempla como medidas cautelares “órdenes o prohibiciones” – artículo 355.7º CPC–, con lo que admite la adopción de medidas cuyo contenido consista en un hacer o en un no hacer, medidas estas a su vez de contenido negativo, en cuanto imponen al demandado un deber de abstención con la finalidad última de proteger el derecho alegado por el demandante, así la cesación temporal de una actividad o la abstención temporal en la realización de una conducta.

C) Medidas cautelares específicas y genéricas

De la relación entre los artículos 355 y 356 CPC deriva la distinción legal entre medidas cautelares denominadas específicas y las llamadas genéricas, innominadas o indeterminadas.

Las medidas genéricas, innominadas o indeterminadas son aquellas que el tribunal pueda acordar respecto de los bienes y derechos del demandado no recogidas expresamente, ya que el Código no establece una relación cerrada de medidas cautelares, sino que acoge un sistema de medidas cautelares abierto, genérico, en que se reconoce a los tribunales la posibilidad de adoptar cualquier tipo de medida cautelar –tanto de naturaleza aseguratoria como anticipatoria–, que, cumpliendo con los requisitos y presupuestos legalmente establecidos, resulte adecuada para la efectividad de la eventual sentencia estimatoria que se dicte, contenido que se concreta en el artículo 356 CPC.

Bajo la rúbrica «Medidas cautelares específicas» se recoge en el artículo 355 CPC una relación ejemplificativa, no cerrada, de medidas cautelares concretas, conocidas e identificadas nominalmente, que comprende las siguientes:

- 1.ª El embargo preventivo de bienes.

L. Alfredo de Diego Díez

- 2.^a La prohibición general de disponer.
- 3.^a La intervención o la administración judicial de bienes productivos.
- 4.^a El secuestro de cosa mueble o semoviente.
- 5.^a La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga.
- 6.^a La anotación preventiva de la demanda, y otras anotaciones registrales si la publicidad registral es útil para garantizar el cumplimiento de la ejecución.
- 7.^a La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad, abstenerse temporalmente de realizar una conducta, o de prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.
- 8.^a La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda.
- 9.^a El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción y la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.
- 10.^a La suspensión de acuerdos sociales impugnados.

6. FACULTADES DEL TRIBUNAL

En el artículo 354 del CPC se establecen las concretas facultades que se conceden al tribunal que vaya a resolver sobre las medidas cautelares, configurando de este modo el marco jurídico en el que el juez puede moverse, y que se corresponde con funciones propias e indelegables. Señala dicho artículo lo siguiente:

En todo caso corresponderá al tribunal:

- a) Apreciar la necesidad de la medida, pudiendo disponer una menos rigurosa a la solicitada, aunque no esté tipificada o nominada, si la estimare suficiente;
- b) Establecer su alcance;
- c) Establecer el término de su duración;
- d) Disponer, de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada;
- e) Exigir la prestación de contra cautela suficiente, salvo los casos exceptuados.

Ya se ha señalado anteriormente que este artículo mediatiza el principio dispositivo, propio de las medidas cautelares, dado que concede al juez una serie de facultades dentro de su ámbito decisor de gran influencia en la adopción de las medidas solicitadas, y más teniendo en cuenta que a través de este artículo lo que se pretende es que sea el juez, y nadie más que el juez, quien concrete no solo la medida cautelar que corresponda, sino también todo el régimen jurídico de la misma.

Dada la dicción literal de la norma, “en todo caso corresponde al tribunal”, este artículo fija unas facultades únicamente judiciales y en las que las partes no tiene ninguna capacidad de influencia vinculante. Lógicamente las partes delimitarán, con su petición concreta y la posible oposición, así como a través de las pruebas que se aporten a las actuaciones, el objeto del debate y podrán efectuar alegaciones sobre cualquiera de las

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

cuestiones a las que se refiere el artículo 354 CPC, pero lo que no es posible en modo alguno es que el juez se considere vinculado por tales peticiones, pues el principio dispositivo se limita a la solicitud de la medida cautelar pero no a su contenido, sino que el juez deberá decidir con plenitud de criterio. Ello implica, por ejemplo, que en caso de medidas cautelares adoptadas en rebeldía o sin oposición del demandado, el tribunal no debe llevar a cabo una automática concesión de la medida en los términos solicitados, sino que el juez deberá, amparado en las facultades del artículo 354, apreciar si se dan los requisitos para la adopción de la medida, así como fijar su alcance, duración y cautela, según criterios propios, que pueden coincidir con los de las partes, pero porque la voluntad del juez sea la misma por el convencimiento obtenido por las pruebas practicadas.

Otra consecuencia que se deriva tanto de la ubicación del artículo dentro del Título I, “normas generales”, como de la propia redacción del texto, es la extensión de estas facultades a cualquier tipo de medida cautelar que se solicite, tanto las específicas del artículo 355 como las genéricas o previstas en leyes especiales del artículo 356.

Finalmente hay que señalar que el juez no solo tiene las facultades señalada en el artículo 354, sino que a lo largo del Libro III, existen otros artículo que van dirigidos al juez y que completan sus facultades en el procedimiento cautelar. En tal sentido se pueden citar como facultades complementarias las siguientes:

- 1.ª Adopción de oficio de medida diferente de la pedida menos gravosa para el demandado (artículo 357).
- 2.ª Examen de oficio de la competencia y jurisdicción (artículo 381).
- 3.ª Apreciación de todos los presupuestos procesales para su estimación (artículo 385.2).
- 4.ª Fijación de la forma, tiempo y cuantía de la caución que debe prestar el solicitante (artículo 385.2).
- 5.ª Eximir la prestación de caución en los casos del artículo 388.2.
- 6.ª Ejecutar de oficio de la medida cautelar (artículo 389.1).

En definitiva, como puede apreciarse, se ha configurado un sistema de amplia potestad judicial en sede de medidas cautelares, de tal manera que habrá que considerar que el éxito de la reforma dependerá en gran parte de la asunción por los jueces y tribunales de su papel en sede de medidas cautelares y su compromiso con la función cautelar.

CAPÍTULO II.

PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

SUMARIO: 1. PELIGRO DE LESIÓN O FRUSTRACIÓN POR MORA PROCESAL. 2. LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO. A) Justificación: indicios de probabilidad. B) Justificación: por cualquier medio probatorio. 3. PRESTACIÓN DE CAUCIÓN POR EL SOLICITANTE. A) Regla general de exigencia de la caución y excepciones. B) Ofrecimiento y prestación de la caución. a) Ofrecimiento de prestar caución. b) Prestación de la caución. C) Cantidad y calidad de la caución. a) *Criterios legales para determinar la cantidad garantizada por la caución.* b) *La calidad de la caución.*

Para decretar las medidas cautelares es necesario que el solicitante justifique la concurrencia de los dos elementos clásicos en los que se funda toda tutela cautelar: el peligro de mora procesal (*periculum in mora*) y la apariencia de buen derecho (*funus boni iuris*). Son los denominados «presupuestos» para la adopción de las medidas cautelares (art. 351 del CPC) y deben concurrir simultáneamente. También debe calificarse como presupuesto, pero no de la adopción sino de la ejecución de la medida cautelar, la prestación de la caución en la forma, cuantía y tiempo que, en su caso, acuerde el órgano judicial para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida pudiera causar al patrimonio del demandado (arts. 385.2 y 386.2 del CPC).

Para la adopción de las medidas cautelares es necesaria la acreditación de ambos presupuestos, pero con distinta intensidad según se solicite una medida cautelar homogénea con la ejecución futura de la sentencia de condena, o una tutela cautelar anticipatoria. En el primer caso tiene una especial relevancia la acreditación por el solicitante de la existencia del peligro de demora que debe referirse, necesariamente, a un peligro concreto de imposibilidad de ejecutar, en su caso, una eventual sentencia estimatoria. En cambio, con relación a las cautelas anticipatorias, deberá exigirse una especial acreditación del presupuesto de la apariencia de buen derecho⁽²⁰⁾.

1. PELIGRO DE LESIÓN O FRUSTRACIÓN POR MORA PROCESAL

Para adoptar medidas cautelares es necesario, en primer lugar, que exista una amenaza cierta y tangible de que el transcurso del tiempo necesario para la tramitación del proceso puede dar lugar a la inejecución o ineffectividad de la sentencia estimatoria. El Código Procesal Civil acoge en su artículo 351.1 esta exigencia y dispone que, para decretar las medidas cautelares, «será necesario que el solicitante justifique debidamente que son indispensables para la protección de su derecho por el peligro de lesión o frustración del mismo antes de la resolución definitiva, de modo que sin la inmediata adopción de la medida la sentencia estimatoria de la pretensión sería de imposible o de muy difícil ejecución».

⁽²⁰⁾ Véase José María RIFA SOLER, «Requisitos de las medidas cautelares. Modificación y alzamiento de las cautelas», en *Las medidas cautelares y los recursos*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 10/2000, CGPJ, Madrid, págs. 103-104, quien añade: «es evidente que la petición de cautelas de esta naturaleza debe encontrar fundamento en la apariencia de derecho que ostenta el solicitante, que se constatará con los documentos u otros medios que aporte con la solicitud, y no tanto en la acreditación del *periculum in mora*, ya que, precisamente, lo que solicita el actor y se obtendrá con la cautela constituirá en lo esencial la petición de tutela contenida en la demanda principal».

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

El presupuesto del peligro por la mora procesal es el principal reflejo de la finalidad institucional de la tutela cautelar: neutralizar los riesgos que puedan frustrar por completo u obstaculizar gravemente la efectividad de la tutela judicial que se otorgue en la sentencia. El *periculum in mora*—como también es conocido este presupuesto— se concibe como el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal; riesgo que puede surgir debido a la inevitable dilación temporal (mora) del iter procesal hasta alcanzar la sentencia que conceda aquella tutela, la cual podría llegar demasiado tarde⁽²¹⁾.

Basta con que el peligro sea probable, pero necesariamente ha de ser concreto, objetivo y actual.

a) *Peligro concreto*. En principio, todo proceso comporta la amenaza de este daño. Podríamos hablar de un peligro de mora abstracto o general, inherente a todo proceso, e inferir de ello que la propia existencia del proceso supone la concurrencia del presupuesto. Pero este riesgo abstracto no es suficiente. El legislador exige la justificación de un riesgo concreto, generado con referencia específica al caso de que se trate. En efecto, el artículo 351.1 del CPC se refiere al peligro de lesión o frustración del concreto derecho del solicitante («su derecho», dice el texto) antes de la resolución definitiva del proceso entablado.

b) *Peligro objetivo*. La existencia del peligro de mora, requisito esencial para la adopción de la medida cautelar solicitada, se configura con un carácter objetivo, como una probabilidad concreta de peligro para la efectividad de la resolución que se dicte, no en términos subjetivistas de creencia o temor del solicitante en la existencia del peligro (ATS, Sala de lo Civil, de 3 de mayo de 2002).

c) *Peligro actual*. Al respecto, dice el auto 91/2006, de 8 de mayo, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5.ª):

El requisito del *periculum in mora* se debe concretar en un peligro actual que, obviamente, reforzado por el tiempo que transcurrirá hasta que se dicte sentencia, pueda impedir la eficacia de la futura sentencia estimatoria. En consecuencia, el solicitante deberá acreditar cuáles son los hechos que fundamentan la existencia actual, siquiera indiciaria, del peligro alegado y que pueden determinar que, constatados en el futuro, impidan que pueda hacerse efectiva la eventual sentencia estimatoria.

d) *Peligro que imposibilite o dificulte gravemente la ejecución*. No basta justificar simplemente la existencia de posibles dificultades, inconvenientes o trabas a la hora de ejecutar una sentencia estimatoria; es preciso que se justifique su imposible o muy difícil ejecución. Atendiendo a la literalidad del precepto, la adopción de las medidas habría de limitarse a supuestos de claras y palmarias situaciones de peligro.

CALAMANDREI distinguió entre el peligro de infructuosidad (*pericolo de infruttuosità*) o de ineficacia—consistente en que la ejecución sea imposible o difícil en el momento en que proceda— y el peligro de retraso (*pericolo di tarditività*) debido a la situación de necesidad

⁽²¹⁾ Véase Víctor FAIREN GUILLÉN, «La reforma del proceso cautelar español», en *Temas del ordenamiento procesal*, II, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 901-903.

L. Alfredo de Diego Díez

del solicitante —esto es, el daño inmediato e irreparable que se produce por el simple retraso en obtener la prestación—. El primero se corresponde con las medidas cautelares simplemente aseguratorias y con las conservativas de la situación, mientras que el segundo se corresponde con las medidas anticipativas de la satisfacción del derecho⁽²²⁾. Acoge esta distinción la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1.ª), en sentencia 189/1998, de 14 de abril:

El *periculum in mora* puede tener doble conceptualización: en unos casos como peligro de que la ejecución sea imposible o difícil cuando proceda, en otros como peligro de un daño inmediato o irreparable determinado por el retraso en recibir la prestación. Es evidente, por un lado, que la necesaria duración del proceso principal es únicamente la ocasión, la oportunidad de que se produzcan hechos que frustren o dificulten la ejecución de la sentencia que se dicte; se puede estimar suficiente esa situación para conceder la medida cautelar, no dependiendo en este caso más que de la valoración del *fumus boni iuris*. Pero puede también partirse de la idea de que la ocasión del peligro no es suficiente para justificar la medida, requiriéndose además que el peligro se haya actualizado en un comportamiento o conducta del demandado. En este caso, el *periculum in mora* se convierte en un presupuesto que hay que constatar para conceder o negar la medida cautelar.

Los riesgos para la efectividad de la tutela pretendida en el proceso de declaración pueden presentar una gran variedad. Doctrinalmente⁽²³⁾ se señalan los siguientes:

1. *Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto*. Por ejemplo, el riesgo de insolvencia del demandado que puede frustrar la ejecución dineraria, bien proceda inicialmente, por tratarse de prestación pecuniaria, o bien proceda por imposibilidad de una ejecución específica.

2. *Riesgos que amenazan a la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica o a la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad*. Ejemplo de lo primero: que la cosa mueble no pueda ser habida y deba procederse a una ejecución dineraria de la justa compensación pecuniaria de la falta de entrega de la cosa debida. Ejemplos de una ejecución específica no completamente útil: sin una medida de intervención o de administración judicial el vencedor en el proceso podría recibir la instalación industrial, pero con diversos daños producidos por la mala gestión del demandado durante el proceso, respecto de los cuales tendría que aceptar una indemnización; o el actor conseguiría que la sentencia impusiera la abstención del uso ilegítimo de la marca registrada, pero tendría que conformarse con una indemnización por las pérdidas sufridas durante aquel uso y por el daño al prestigio comercial del producto.

3. *Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia*. Por ejemplo, la estimación de una pretensión declarativa de dominio puede resultar inútil si, en el interin del proceso, el titular registral vende el inmueble a un tercero de buena fe que ha inscrito a su favor. O este otro: cuando, después de la sentencia de incapacitación, se constituyan la tutela o la curatela, con sus efectos jurídicos de protección de la gestión del patrimonio del incapaz, aquellas instituciones pueden ser prácticamente

⁽²²⁾ A. PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto processuale civile*, 2.ª ed., Napoli, 1996, págs. 661 y ss.

⁽²³⁾ Véase Manuel ORTELLS RAMOS, «Las medidas cautelares», en *Proceso civil práctico*, ob. cit., tomo VIII, págs. 1158-1159.

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

inefectivas si, durante el proceso de incapacitación, el presunto incapaz ha vaciado su patrimonio.

4. Finalmente, hay una clase de riesgos de ineffectividad que deriva del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia en cuanto por la naturaleza de la situación jurídica a la que la sentencia ha de referirse, ese retraso supone por sí una lesión irreversible de tal situación.

Como características del artículo 351.1 del CPC tenemos las siguientes:

a) *Justificación del peligro de mora procesal.* Para que la medida cautelar se conceda, el solicitante tiene que justificar la concreta probabilidad de peligro para la efectividad de la sentencia. El peligro de mora procesal no se presume sino que ha de ser concretamente demostrado. No obstante, deberán evitarse excesos en el grado de justificación exigible del presupuesto de peligro, principalmente en aquellos supuestos en que el peligro puede convertirse en daño irreparable con gran rapidez, como ocurre con los asientos registrales cuya eficacia está destinada a contrarrestar la anotación preventiva de demanda.

b) *Las situaciones de peligro en la demora no están legalmente definidas.* Ello es así porque tampoco las medidas tienen una eficacia legalmente especificada, sino configurada según las características generales del artículo 357 CPC. No obstante, a pesar de la falta de limitación legal de las situaciones de peligro y de las medidas, entre estos dos elementos existe una precisa relación impuesta por los artículos 351.1 y 357 CPC: las medidas que se adopten deben ser las adecuadas para evitar que la efectividad de la tutela judicial se vea impedida o dificultada por las situaciones de peligro.

Para la misma pretensión interpuesta en el proceso principal, las diferentes situaciones de periculum in mora que puedan concurrir justifican medidas cautelares distintas. Por ejemplo: respecto de una pretensión de condena a la entrega de bienes inmuebles productivos, el riesgo de transmisión o de gravamen de los bienes inmuebles será combatido mediante la anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad, mientras que el riesgo de que el actor realice una administración activamente devastadora de los bienes en cuestión justificará una intervención judicial, en la que el interventor podrá conocer los actos de gestión y oponerse a los que estime perjudiciales. Pero el riesgo de devastación puede derivar también del abandono de los bienes o de una continuada mala gestión, frente a los que será adecuada una medida de administración judicial, en la que una persona distinta al demandado poseedor de los bienes asumirá las facultades de administración.

c) *El presupuesto se configura en términos objetivos,* como probabilidad de que se produzcan situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela pretendida en el proceso principal. No se requiere, por tanto, que se haya producido cierto comportamiento del demandado, ni menos una intención de éste de causar perjuicio al actor.

La Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.ª), en su auto de 28 de junio de 2002, respecto de una medida cautelar de embargo preventivo, estima que la justificación

L. Alfredo de Diego Díez

del peligro:

No debe ser entendida en el sentido estricto y riguroso que lo hace la juzgadora de instancia, es decir, como necesidad de que se aporte una prueba cierta y demostrativa de que los demandados son insolventes o van a caer en una situación de insolvencia al finalizar el procedimiento, sino que debe ser interpretada de una forma más flexible y abierta, pues no en vano la Ley emplea el término “justificar”, que sin duda es más amplio y comporta un grado de certeza algo menor que el de “probar” o “acreditar”. Se trata simplemente de que el solicitante evidencie la concurrencia de una situación de riesgo durante la pendencia del proceso, por la que razonablemente pudiera quedar amenazada la efectividad de una futura sentencia condenatoria. Como ya dijera esta Audiencia en su sentencia de 3 de junio de 1998, el juez no debe exigir la existencia de un peligro concreto de insolvencia, que resultaría de hecho difícil o imposible de acreditar en general, sino “un cierto riesgo futuro y meramente previsible racionalmente”.

Y a este respecto, teniendo en cuenta que los documentos aportados por la recurrente ponen de manifiesto no sólo la existencia prima facie de la deuda reclamada, sino también, el pleno conocimiento que de la misma tenían los demandados antes de la presente reclamación judicial; que éstos han mantenido una injustificada actitud de total incumplimiento, haciendo caso omiso a los previos requerimientos de pago que les fueron efectuados a pesar de continuar en la posesión y disfrute del vehículo financiado; que este tipo de bienes experimentan un evidente deterioro o desvalor por el uso y el transcurso del tiempo; y en fin, que en el acto de la vista de medidas cautelares, no formularon ninguna propuesta de solución ni designaron ningún bien distinto del vehículo con el que hacer frente a la deuda contraída, todos estos datos –ponderados en sana crítica– justifican de forma suficiente, la concurrencia de este segundo requisito del peligro de mora procesal (*periculum in mora*), en los términos antes definidos, es decir, como la existencia de un riesgo de insolvencia que previsiblemente podría hacer ineficaz la ejecución de una eventual sentencia condenatoria.

A pesar de la configuración estrictamente objetiva del *periculum in mora*, hay que tener en cuenta igualmente el comportamiento del demandante anterior a la presentación de la solicitud de medida cautelar, de tal manera que tendrá una decisiva influencia para la denegación de la medida la actitud del solicitante consistente en haber consentido durante largo tiempo situaciones que, ahora, pretende alterar con la medida cautelar, salvo justificación cumplida de las razones por las que omitió una solicitud más temprana de las medidas. La justificación de esta subjetivización del peligro de demora, radica en que a una conducta significativa (omisión de la solicitud de la medida) incoherente con la conciencia de una situación de peligro, se le vincula un efecto de disposición sobre la tutela judicial cautelar, como una renuncia presunta a la misma. En el derecho español se ha establecido expresamente que «no se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces» (art. 728.1.II de la LEC). No existe norma semejante en el derecho hondureño, pero eso no impide que estas circunstancias se valoren por el juez para decidir si acuerda o no la cautela.

A la hora de aplicar los tribunales españoles este mecanismo de protección del demandado frente a las pretensiones cautelares tardías del solicitante, se ha venido atendiendo tanto a la prolongación temporal, como al consentimiento de la situación. Así el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 4 de noviembre de 2002, ante una solicitud de medidas cautelares consistentes en facultar a los actores para llevar a cabo, con cargo a los demandados y con carácter urgente, todas las obras necesarias en el

inmueble de su propiedad, así como en exigir de aquellos el afianzamiento o consignación de la cantidad a que ascienda el presupuesto de la reparación, señala que «las obras se terminaron en el año 1993, sin que se dedujera la demanda hasta el año 2002, lo que demuestra que los defectos se mantuvieron durante años, lo que desdibuja la pretendida urgencia de la reparación, conclusión a la que no obsta que existieran reclamaciones extrajudiciales, al parecer desatendidas o incorrectamente atendidas, lo cual podrá tener efectos en una eventual condena en costas del proceso principal, pero no excluye la aplicación de segundo inciso del apartado 1 del artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3.^a), en su auto de 22 de enero de 2003, ante la solicitud de una anotación preventiva de la demanda, razona que no concurre el requisito del peligro de mora procesal en vista de las transmisiones operadas en la finca y la permanencia de la situación desde el año 1987. Igualmente, la sentencia 278/2005, de 31 de marzo, de la Audiencia Provincial Málaga (Sección 4.^a), aplica este criterio:

En el presente supuesto la cuestión no gira en torno a decidir si la pretensión ejercitada por la actora en su demanda principal goza o no de la apariencia de buen derecho exigible en orden a la adopción de la medida cautelar instada, pues eso se decidirá en el pleito principal y no en éste incidente. En realidad todo el planteamiento del actor recurrente adolece de un error de base, consistente en determinar si el peligro que se trata de evitar con la adopción de las medidas lo es durante la pendency del proceso y sin embargo, durante el tiempo anterior, no sólo a este procedimiento sino a todos los anteriores seguidos entre las partes, no interesó ni adoptó ninguna postura tendente a evitar alteraciones en la situación fáctica de la finca litigiosa. [...]

Si desde el 8 de noviembre de 1988 en que el actor suscribió un contrato privado de compraventa de la finca litigiosa, éste no ejercitó ninguna acción en relación con la misma hasta el 2 de febrero de 1999, y no interesó medidas cautelares en relación con el inmueble hasta el año 2002, en el procedimiento seguido entre las partes ante un Juzgado de primera Instancia de Granada, es evidente que durante casi 14 años ha consentido una serie de situaciones de hecho que pretende alterar después de un largo tiempo, sin que durante el mismo temiera un peligro en la mora que impidiera o dificultara la efectividad de sus derechos. Así pues, la situación largamente consentida por la parte no puede ser alterada al socaire de una acción ejercitada *in extremis*, ante el rechazo de pretensiones anteriores, pues al amparo del hipotético peligro que se esgrime, se obtendría un resultado contrario al pretendido por el ordenamiento. Razones que llevan a desestimar el recurso formulado, confirmando la resolución dictada en la instancia.

Junto a la existencia de reclamaciones extrajudiciales que vendrían a justificar que la situación no fue consentida, se han señalado otras circunstancias que contrarrestarían el transcurso del tiempo, y que en todo caso han de justificarse, como el desconocimiento de la situación por parte del solicitante de la medida, las dificultades para obtener la medida cautelar si hubiera sido pedido en otro momento anterior, tales como falta de medios de acreditamiento, problemas económicos para constituir la caución, los cambios en la capacidad de obrar del actor, o en la titularidad de los órganos de administración de la persona jurídica, particularmente cuando los mismos se acompañan de imputaciones de falta de diligencia a los antiguos gestores. En todo caso, habrá que valorar las circunstancias del concreto caso que se enjuicia para poder determinar si está o no justificado el largo plazo transcurrido con una situación de hecho que se pretende alterar a través de las medidas cautelares que se solicitan.

2. LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO

Se dice en el artículo 351.2 del CPC que «el solicitante deberá justificar también

L. Alfredo de Diego Díez

su derecho, de manera que permita al juez, sin prejuzgar el fondo, considerar provisional e indiciariamente que la pretensión tiene fundamento». Lo que aquí se exige es que el solicitante presente datos, argumentos y justificaciones, documentales o de otra índole, conducentes a que el juez pueda fundar un juicio positivo de que probablemente el resultado del proceso principal será favorable al actor.

A) Justificación: indicios de probabilidad

La prestación de la tutela cautelar no exige que el actor pruebe fuera de toda duda razonable la existencia del derecho subjetivo por él alegado en el proceso principal, pero tampoco se puede adoptar la medida solo porque el actor la pida. Entre uno y otro extremo, lo que la ley exige es que se acrediten unos indicios de probabilidad, de verosimilitud, de apariencia de buen derecho. Este presupuesto viene concebido como una vía intermedia entre la certeza que se establecerá en la resolución final y la incertidumbre inicial propia de cualquier proceso judicial. El otorgamiento de la tutela cautelar —ha dicho el Tribunal Constitucional español— «no requiere una plena certeza del derecho provisionalmente protegido» (STC 14/1992). Las medidas cautelares «se adoptan siempre sin prejuzgar la cuestión controvertida», de manera que el *fumus boni iuris* consiste «en un juicio probabilístico y con alcance limitado» (STC 105/1994)⁽²⁴⁾. Lo explica bien la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1.ª), en su sentencia 189/1998, de 14 de abril:

La previsión legislativa de las medidas cautelares es explicable por la consideración de un eventual resultado procesal favorable al actor, pues cuando se inicia un proceso esta eventualidad es, desde luego, siempre posible. Sin embargo, así como sería inicuo condicionar el acceso al proceso a una cierta demostración preliminar de la realidad del derecho que se hace valer, por cuanto supondría cortar la posibilidad misma de reconocimiento del derecho, es, por el contrario, aceptable que para la concesión de una medida cautelar, que implica una injerencia en la esfera jurídica del demandado, se requiera que pueda formarse un juicio positivo sobre un resultado favorable del actor. Esta exigencia no puede llevarse hasta el extremo de que el material [alegaciones y pruebas] que el juez deba tomar en consideración para otorgar tal medida, tenga que ser el mismo que el necesario para resolver sobre el objeto del proceso principal y deba ser aportado y tratado del mismo modo que para este último se halla establecido. De ser así se incurriría en una duplicación de la prueba, pero sobre todo, la medida cautelar no podría cumplir la función que tiene encomendada, pues se reproduciría a su respecto la problemática que está destinada a resolver; el retraso de la resolución eficaz para incidir en la esfera jurídica del demandado, impuesto por la necesidad de una actividad procesal previa orientada a verificar, con todas las garantías, la concurrencia de los presupuestos de aquella resolución.

La Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3.ª), en su auto 12/2005, de 26 de enero, afirma que «la obligación del solicitante, de justificar su derecho, se presenta, no en términos de certeza, sino de verosimilitud, y la apariencia cuya prueba se exige se manifiesta como probabilidad o posibilidad, no exigiéndose una alta cualificación cuando se trata de efectos meramente aseguratorios, pues de otro modo, podría llegarse a una duplicidad de

⁽²⁴⁾ Como atinadamente expuso CALAMANDREI, *Introduzione allo...*, ob. cit., pág. 63, «si para dictar la medida cautelar fuera necesaria una cognición profunda y completa sobre la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto que se debate en el proceso principal, más valdría atender a este último y no complicar el proceso con una duplicidad de indagaciones, que no tendrían nunca la ventaja de la celeridad».

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

procesos». Y la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1.ª), en su auto 9/2005, de 15 de marzo, advierte:

El *fumus boni iuris* o apariencia jurídica o de prevalencia jurídica implica que la existencia del derecho o interés jurídico afirmados ha de parecer verosímil; o sea, suficiente para que según un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal declarará el derecho en sentido favorable al que solicita la medida cautelar. Según acertadamente expone la doctrina, no cabe exigir una plena declaración jurídica [sobre la existencia del derecho afirmado en la demanda], pues en ese caso el cautelar sustituiría al proceso principal, siendo bastante con el acreditamiento de la apariencia. En definitiva, la solicitud de la medida cautelar entraña un juicio apriorístico de probabilidad o de verosimilitud. Se trata de que el solicitante aporte los datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, un juicio provisional favorable al fundamento de su pretensión.

Además, tal y como indica la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5.ª), en su auto 91/2006, de 8 de mayo:

Exigir una completa convicción judicial acerca de la juridicidad y en su caso relevancia del interés cautelar para poder acordar la medida solicitada, precisaría un tiempo procesal contrario al *periculum in mora*, es decir, agravaría la contingencia de un pronunciamiento principal inusorio (por desaparición, por ejemplo, del bien reclamado) e incrementaría el retraso en la obtención de la tutela judicial efectiva.

B) Justificación: por cualquier medio probatorio

El artículo 280 del Código de Procedimientos Civiles de 1906 imponía al demandante la necesidad de producir prueba semiplena del derecho reclamado para lograr una providencia precautoria. Por ello el medio requerido, por regla general, para el acreditamiento de la situación jurídica cautelable solía ser el documento, no como prueba documental, sino como justificación documental, como principio de prueba por escrito.

El Código Procesal Civil de 2007 ha clarificado la situación, de tal manera que el artículo 384.2 del CPC señala que «podrán servirse de cuantos medios de prueba consideren convenientes, siempre que, a la vista de las circunstancias y de la sumariedad con que debe celebrarse la audiencia, el juez acuerde su práctica». Y, el artículo 351.3 determina que «La justificación del peligro de lesión o frustración por demora y de su derecho deberá presentarse sumariamente en la solicitud, en la forma que sea más adecuada y pertinente».

Se ha establecido el régimen de los medios de acreditamiento de acuerdo con el principio de normalidad en esta materia. Es decir: si atendida la pretensión y su fundamento es normal disponer de una justificación documental, la concesión de la medida dependerá de que se aporte esa clase de justificación; en otro caso podrá concederse con base en otros medios de acreditamiento. Para determinar los casos en que no es normal disponer de acreditamiento documental sirven de guía, precisamente, las situaciones en que, bajo la anterior regulación, era problemática la aportación de acreditamientos documentales o se había iniciado una orientación jurisprudencial tolerante al respecto: nacimiento y cuantificación de deudas indemnizatorias por responsabilidad extracontractual, comprobación del cumplimiento de condiciones o de contraprestaciones de las que dependiera la

L. Alfredo de Diego Díez

exigibilidad de la prestación, hechos determinantes de nulidad, anulabilidad o resolución de relaciones jurídicas y negocios jurídicos en general.

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5.^a), auto de 16 de mayo de 2005:

En cuanto a la forma de efectuar la acreditación de la apariencia de buen derecho alegado por el solicitante, la Ley otorga preferencia a la prueba documental que permita al tribunal efectuar un juicio provisional favorable a la adopción de la medida. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia, cuando el solicitante carezca de justificación documental, puede ofrecer otros medios o principios de prueba.

Se trata, en definitiva, de que el solicitante aporte los datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar, por parte del tribunal un juicio provisional favorable al fundamento de su pretensión.

Por tanto en relación con la prueba de la apariencia de buen derecho se trata, en definitiva, de que el solicitante aporte los datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, un juicio provisional favorable al fundamento de su pretensión. Esta acreditación previa plantea el problema de la valoración del fundamento probatorio aportado por el solicitante, con relación al juicio provisional que debe realizar el juez en orden a la adopción de la cautela solicitada. Es decir, determinar el mínimo probatorio necesario que permita al juez acordar la adopción de la cautela. Esta cuestión adquiere especial importancia en el supuesto que se soliciten medidas anticipatorias.

Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.^a), auto 73/2005, de 25 de abril:

La apariencia de buen derecho consiste en el juicio provisional e indiciario que hace el órgano jurisdiccional, sobre el éxito de la pretensión del solicitante, sobre la base de datos, argumentos y justificaciones documentales, y cualesquiera otros medios, lo que conduce a un criterio amplio de admisión de la justificación, extendiendo así el estrecho cauce documental de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, este criterio amplio no supone que baste cualquier relato de hechos para que puedan adoptarse tales medidas dado que, de seguirse una interpretación laxa, todas las medidas cautelares tendrían que ser admitidas, sino una interpretación racional y coherente, comprensiva del análisis crítico del material aportado, que conduzca a la creencia fundada del previsible éxito de la pretensión, y sin que ello prejuzgue el resultado del pleito, ya que, posteriormente, se ha de hacer una nueva y completa valoración del material probatorio -de todo él- en la sentencia que ponga fin a la instancia, sin que el juez quede vinculado con la valoración efectuada en la resolución que resuelva sobre las medidas cautelares.

3. PRESTACIÓN DE CAUCIÓN POR EL SOLICITANTE

La tutela cautelar conlleva por esencia decidir con inseguridad. La respuesta judicial a la petición de medidas, para ser eficaz, ha de ser rápida y fundada en un juicio provisional de mera apariencia, de simple probabilidad de éxito de la pretensión actora. Es natural que, ante tal estado de cosas, puedan surgir recelos hacia la concesión de aquella tutela. Pues bien, para contrarrestar precisamente estos recelos, se establece un mecanismo de garantía frente a los casos de error en la adopción de las medidas: la caución. La caución que ha de prestar el solicitante de las medidas se toma así en una pieza clave del sistema cautelar, contribuyendo a facilitar que esta tutela se otorgue con mayor frecuencia. Ello es así porque, el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida, a una indemnización por daños y perjuicios, estará respaldado no solo por el patrimonio del solicitante (art. 2244 del CC)⁽²⁵⁾, sino también por una garantía

⁽²⁵⁾ Artículo 2244 del Código Civil. Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.

específica. En suma, la caución sirve para responder, en su caso, de los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionarse al demandado con la adopción de las medidas cautelares si, con posterioridad, se pone de manifiesto que carecían de fundamento.

El régimen jurídico de la caución se contiene en los artículos 386, 387 y 388 del CPC⁽²⁶⁾.

Artículo 386. Prestación de la caución. 1. Como regla general, el solicitante de la medida cautelar deberá ofrecer caución suficiente para garantizar el pago de las costas causadas en el incidente, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al demandado por su adopción y cumplimiento.

2. La prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada.

Artículo 387. Forma y cuantía de la caución. 1. La caución podrá ofrecerse en dinero en efectivo, cheque certificado, cheque de gerencia o de caja, garantía bancaria o de instituciones financieras.

2. El juez podrá aceptar la caución ofrecida, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que considere pertinente, siempre respetando la proporcionalidad en relación con la capacidad patrimonial del solicitante.

Artículo 388. Exención de la prestación de caución. 1. Quien tenga reconocido el beneficio de asistencia jurídica gratuita no tendrá que prestar caución para la adopción de las medidas cautelares.

2. El juez podrá eximir de la prestación de caución al solicitante cuando su capacidad económica sea sensiblemente inferior a la de la parte contraria, especialmente en los casos en que la pretensión planteada implique, junto a la defensa de un interés particular, la defensa de intereses generales, colectivos o difusos, como los de los consumidores o los de protección del medio ambiente. Esta decisión judicial deberá tomarse con especial motivación y previa ponderación razonada de los intereses de las partes.

3. En ningún caso se exigirá caución al Estado cuando éste solicite medidas cautelares.

4. Estará exento de la prestación de caución para lograr la adopción de una medida cautelar el litigante que hubiera obtenido una sentencia favorable, aunque ésta fuera impugnada.

5. En los demás casos previstos por la ley.

La exigencia de caución se caracteriza por las siguientes notas:

- a) Por configurarse como una regla general.
- b) Por ser un presupuesto de ejecución de la medida cautelar y, como tal, debe satisfacerse previamente al cumplimiento de la medida adoptada.
- c) Por determinarse la idoneidad y suficiencia en función de la entidad previsible de las costas del incidente, de los daños y perjuicios que la medida cautelar pueda causar en el patrimonio del demandado y de la capacidad económica del demandante.
- d) Por poder prestarse en dinero en efectivo, cheque certificado, cheque de gerencia o de caja, garantía bancaria o de instituciones financieras.

A) Regla general de exigencia de la caución y excepciones

La regla general viene constituida por la necesidad de prestar caución. Se articula como un auténtico presupuesto procesal para la ejecución de la medida. Por una parte, el solicitante deberá ofrecerla por imperativo del artículo 386.1 del CPC, y el juez deberá de fijar la misma

⁽²⁶⁾ La prestación de caución y la regulación de su régimen es una novedad con respecto a la regulación del Código de Procedimientos Civiles de 1906, el cual no preveía ni siquiera la obligación o posibilidad de exigir caución al solicitante de providencias precautorias.

en el auto en el que se concedan las medidas cautelares, tal como le impone el artículo 385.2 del CPC. Pero el papel de la caución se refuerza por la previsión del artículo 386.2, de tal manera que las medidas adoptadas no son ejecutivas hasta que se preste la caución, por lo que puede darse la circunstancia de que sea acordada una medida determinada y la misma, a pesar de ser firme, no llegue a ejecutarse porque el solicitante de la medida no preste la caución en la cuantía y forma determinada por el tribunal.

Esta regla general, aplicable a la mayoría de los procesos de medidas cautelares que se sustancien, tiene sus excepciones (art. 388 del CPC). El propio Código Procesal Civil establece una serie de exenciones, determinando expresamente los casos en que la prestación de la caución es innecesaria e improcedente por expresa determinación legal y aquellos otros en que será el juez quien, en virtud de la valoración de determinadas circunstancias, podrá eximir de la caución al solicitante de las medidas. Hay que dejar sentado que se trata de un listado abierto a otras posibles exenciones establecidas legalmente (art. 388, numeral 5). Veamos cuáles son las excepciones expresamente reconocidas en el artículo 388:

1) Demandante que tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita (art. 388.1 del CPC). La gratuidad de la justicia para los más desfavorecidos económicamente es un imperativo constitucional (tímidamente enunciado en el art. 83 de la CRH)⁽²⁷⁾, derivado del principio de igualdad «real» —no meramente ideal o programática— (art. 60 de la CRH) en el derecho de acceso a la justicia (art. 82.2 de la CRH). El derecho a la justicia gratuita entronca así con el derecho a la tutela judicial efectiva y también con el derecho de defensa. No cabe decir que existe un derecho a la tutela judicial efectiva si, al mismo tiempo, admitimos que las personas que tienen imposibilidad económica de pagar los gastos que conlleva la justicia dejan de ejercitar por eso la acción procesal; serían personas abandonadas a la más espantosa indefensión⁽²⁸⁾.

En el plano infraconstitucional, el Código Procesal Civil garantiza a los justiciables la asistencia de profesionales del derecho que los defiendan y representen de oficio, y prohíbe establecer obstáculos económicos que impidan o dificulten el acceso a la justicia (art. 1, numerales 2 y 3). Además, la justicia gratuita, para ser completa, debe contemplar no solo el acceso al proceso principal, sino a todos sus incidentes (entre ellos el procedimiento cautelar) y también a los recursos (art. 92.3 del CPC).

Pues bien, en lo concerniente a la tutela cautelar, la exención de prestar caución estaría justificada para evitar que, por motivos económicos, los beneficiarios de la gratuidad de la justicia se vieran impedidos de obtener esta modalidad de tutela, como instrumento que garantice la efectividad de la sentencia que en su día se dicte. Sin embargo, eximir, sin más, de la caución a los que tengan reconocido el beneficio de justicia gratuita puede lesionar gravemente los intereses del sujeto pasivo de la medida, en cuanto no hay garantía específica

⁽²⁷⁾ Artículo 83 de la Constitución de la República. Corresponde al Estado nombrar procuradores para la defensa de los pobres y para que velen por las personas e intereses de los menores e incapaces. Darán a ellos asistencia legal y los representarán judicialmente en la defensa de su libertad individual y demás derechos.

⁽²⁸⁾ Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Introducción al Derecho Procesal* (con Moreno Catena), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 237.

alguna para responder de los eventuales daños y perjuicios que se le irroguen en caso de que la sentencia, finalmente, sea desestimatoria de la demanda, total o parcialmente. Toda vez que la justicia gratuita es un derecho de contenido prestacional a cargo del Estado, lo acertado sería que, en estos casos, fuera también el Estado quien asumiese la responsabilidad indemnizar los daños y perjuicios. En definitiva, al igual que sucede con otros contenidos de la asistencia jurídica gratuita –entre los que ni siquiera se menciona la exención de la que ahora hablamos (art. 93 del CPC)– debería ser el Estado, más concretamente el Poder Judicial, quien asumiera la responsabilidad de resarcir los daños y perjuicios causados al sujeto pasivo de una medida cautelar, adoptada a instancia de quien tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita⁽²⁹⁾. Tan amparo merece la pretensión de quien solicita que la medida se adopte como la de quien quiera ver garantizada la reparación de los daños que pudiera sufrir.

2) *Decisión judicial en caso de desequilibrio entre las capacidades económicas de los litigantes (art. 388.2 del CPC)*. El juez, bien sea de oficio o a petición de parte, tiene la facultad de eximir de caución al solicitante cuando aprecie un profundo desequilibrio entre su capacidad económica y la del demandado frente al que se pide la medida, por ser la del solicitante «sensiblemente inferior».

Esta facultad ha de utilizarse con suma prudencia y moderación, ya que puede dar lugar a que la parte demandada no vea garantizada la satisfacción de los daños y perjuicios que la medida cautelar pudiera ocasionarle. Por ello, en estos casos, se exige una especial motivación sobre la exención de caución en el auto de concesión de la medida. Obviamente, estamos ante una previsión de aplicación restrictiva; de lo contrario, esto es, de generalizarse, se frustraría la finalidad que cumple la caución, consistente en servir de límite a medidas cautelares desproporcionadas o coactivas, pudiendo tener un efecto perverso tanto sobre el demandado (al no ver garantizada la indemnización en caso de desestimación de la demanda), como respecto al propio demandante, pues podría dar lugar a una tendencia a la no concesión de la medida cautelar.

Para decidir de manera razonada y ponderada sobre la aplicación de esta facultad, tal como expresamente se indica en el artículo 388.2, *in fine*, el juez deberá valorar equilibradamente los intereses en juego, las consecuencias que la medida puede suponer tanto para el demandado como para el demandante, el tipo de medida solicitada, los posibles perjuicios, la claridad de los otros dos presupuestos (en especial la apariencia de buen derecho), así como las circunstancias económicas de los litigantes, de tal manera que no todo desequilibrio dará lugar automáticamente esta exención de caución.

3) *Decisión judicial en procesos en defensa de intereses generales, colectivos o difusos de protección de consumidores o medio ambiente (arts. 388.2 y 575 del CPC)*. Estamos ante una modalidad específica derivada de la genérica exención por desequilibrio económico. Se trata de una clase de procesos (relativos a la protección de los consumidores o del medio ambiente) en los que, el manifiesto desequilibrio económico entre las partes y,

⁽²⁹⁾ La Corte Suprema de Justicia debería de tener presentes las anteriores consideraciones a la hora de abordar el desarrollo reglamentario del contenido del beneficio de justicia gratuita.

L. Alfredo de Diego Díez

singularmente, la repercusión social de los intereses afectados, han llevado al legislador a llamar la atención del juez para que sea especialmente sensible en estos casos y puede llegar a adoptar las medidas sin exigir caución.

Las demandas sobre protección de intereses colectivos y de intereses difusos de los consumidores y usuarios, o del medio ambiente, son procesos en los que existe un evidente desequilibrio económico, pues frecuentemente se plantean contra empresas poderosas. Además, por encima del interés individual de los actores, prima la repercusión social de los distintos intereses afectados. Dicho interés social y de protección del consumidor —que es la parte más débil en la contratación en masa (mediante contratos de adhesión innegociables)—, justifica que el legislador deje en manos del juez la procedencia de eximir de caución a las solicitudes de medidas cautelares en esta clase de demandas. Piénsese, por ejemplo, en una acción de cesación, interpuesta por un grupo de consumidores afectados, para que se condene a una empresa a eliminar de sus condiciones generales de contratación las que se reputen nulas (véanse las pretensiones colectivas de los arts. 566 y ss. del CPC).

4) *Estado (art. 388.3 del CPC)*. En ningún caso se exigirá caución al Estado cuando solicite medidas cautelares. Su justificación primordial se encuentra en el hecho de que el Estado goza de presunción de solvencia; tiene siempre capacidad económica suficiente para garantizar los daños y perjuicios que la medida cautelar que se adopte pueda producir al demandado, por lo que no operaría la finalidad de garantía que corresponde a la caución.

Además, el Estado defiende el interés público en su actuación procesal; por ello es lógico pensar que no solicite la tutela cautelar con finalidad espuria, desviada de su función (por ejemplo, como medio de presión o con carácter coactivo) ni tampoco que lo haga en términos desproporcionados, con desmesura. Pero estas consideraciones no justifican por sí mismas la exención de caución, sino, a lo sumo, la presumible idoneidad y adecuación de la medida solicitada. Es más, aunque la petición de medidas cautelares por el Estado esté exenta de garantías adicionales, no por ello será siempre acordada por el juez, quien habrá de valorar en todo caso la necesidad, alcance y duración de la medida (art. 354 del CPC), pudiendo, por supuesto, denegarla.

Han de añadirse dos precisiones más. La primera es que el Estado al que se refiere el texto es la República de Honduras, de manera que otros Estados que puedan demandar en los tribunales hondureños no estarán amparados por esta excepción (a salvo lo dispuesto en tratados internacionales multi o bilaterales) y deberán prestar caución como cualquier otro litigante. En segundo lugar, no queda claro si es posible extender esta excepción a otros organismos públicos, como por ejemplo los ayuntamientos, por lo que habrá que estar a la normativa administrativa para definir qué se considera como Estado, pues el artículo 388.3 CPC es una norma procesal en blanco que se rellenará con las específicas previsiones administrativas sobre esta cuestión.

5) *Litigante que haya obtenido una sentencia favorable (art. 388.4 del CPC)*. La aplicación de este supuesto queda restringida a la solicitud de medidas cautelares en

segunda instancia o en el recurso extraordinario de casación, y siempre en relación con una sentencia favorable en primera instancia o bien en apelación. Eximir de prestar caución en estos casos es una previsión adecuada y razonable, toda vez que la apariencia de buen derecho se fortalece sin la menor duda cuando la pretensión actora ha sido reconocida judicialmente en sentencia, aunque aún no sea firme. Con todo, su efectividad práctica es muy limitada, pues quien haya obtenido sentencia definitiva a su favor puede solicitar la ejecución provisional, también generalmente sin prestar garantía o caución alguna (art. 773.1 del CPC)⁽³⁰⁾.

B) Ofrecimiento y prestación de la caución

Atendidos los términos del artículo 386 del Código Procesal Civil, es preciso distinguir dos momentos: el ofrecimiento de prestar la caución y la prestación de la misma. El ofrecimiento de la caución es un requisito de la solicitud para la adopción de la medida cautelar (arts. 380.3 y 386.1), mientras que la constitución de la caución señalada es un presupuesto de la ejecución de la medida acordada (art. 386.2 y 389.1).

a) Ofrecimiento de prestar caución

El ofrecimiento de prestar caución es requisito ineludible de la concesión de la medida cautelar y ha de hacerse, precisamente, en la solicitud (arts. 380.3 y 386.1). La oferta debe especificar el tipo o calidad de la caución y la cuantía que propone; no basta ofrecer genéricamente la prestación de la caución en la clase y cuantía que el juzgador decida fijar. De este modo se posibilita la defensa del afectado por la medida—ya sea en la audiencia previa a su adopción (art. 384.2) o en la oposición posterior (art. 390)—y proporciona al tribunal fundamentos para resolver sobre «la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse caución por el solicitante» (arts. 385.2 y 387.2). Así lo entiende la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a), en su auto 116/2003, de 22 de septiembre:

Al ofrecimiento de la caución se refiere el artículo 732.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como requisito de la petición misma; se trata de una exigencia razonable en cuanto que, sin ella, se impide la defensa del demandado sobre ese presupuesto y, al propio tiempo, se sustrae al tribunal los fundamentos para la resolución sobre la «forma, cuantía y tiempo» en que deba prestarse.

Las posiciones del solicitante que pueden presentarse al respecto son fundamentalmente tres: 1) Omitir, sin más, el ofrecimiento de caución alguna. 2) Ofrecerla en términos genéricos. 3) Omitir el ofrecimiento justificando que concurre alguna circunstancia de exención.

1) En el primer caso, las soluciones apuntadas por la doctrina son bien distintas. ORTELLS⁽³¹⁾ sostiene que la medida solicitada debería desestimarse «de plano» (*a limine*),

⁽³⁰⁾ La regla general del artículo 773.1 del CPC es que el solicitante de la ejecución provisional no viene obligado a prestar garantía o caución para asegurar los eventuales perjuicios irrogados al ejecutado en caso de revocación de la sentencia. Pero también establece una excepción a esta regla facultando al juez para que ordene al solicitante la prestación de dicha garantía o caución, previamente a la admisión de la solicitud, «a la vista de las circunstancias del caso y atendida la capacidad económica del solicitante».

⁽³¹⁾ Manuel ORTELLS RAMOS, «Las medidas cautelares», en *Proceso civil práctico*, ob. cit., tomo VIII, pág. 1186.

L. Alfredo de Diego Díez

sin posibilidad de subsanación. El tribunal no puede suplir la falta de ofrecimiento y fijar de oficio la caución si ésta no ha sido en absoluto ofrecida⁽³²⁾. Debe tenerse presente, en apoyo de esta tesis, que el principio de sanación de los actos procesales de las partes requiere, siempre, que en dichos actos se hubiese manifestado de algún modo la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley (art. 20 del CPC); y, cuando el demandante no ofrece en absoluto caución, tampoco muestra en modo alguno su voluntad de cumplir este presupuesto, de manera que, como ya se dijo, bien podría considerarse un defecto insubsanable.

En sentido contrario se pronuncia BARONA VILAR⁽³³⁾, quien considera que el ofrecimiento de la caución es un simple requisito de la solicitud y no un presupuesto al que esté condicionada la procedencia de la tutela cautelar. Así es, precisamente, como lo ha configurado el legislador hondureño: el ofrecimiento de la caución se encuentra entre los requisitos de la solicitud (arts. 380.3 y 386.1), pero no entre los presupuestos para decretar las medidas (art. 351). Por ello, sostiene la citada autora que omitir el ofrecimiento de la caución puede dar lugar a la inadmisibilidad de la demanda cautelar, pero previa oportunidad de subsanación⁽³⁴⁾. De seguir este planteamiento habrá de aplicarse, por analogía, lo dispuesto para la subsanación de la demanda en el artículo 426, numerales 3 y 4. Esto es: el juez comunicará al demandante, por una sola vez, la omisión advertida (no haber ofrecido caución, especificando el tipo de la misma y la cuantía que se propone) y le requerirá para que proceda a completar su solicitud en el plazo que fije al efecto, que no podrá ser superior a diez días. Si el defecto no se subsana en plazo, procederá inadmitir la solicitud de medidas, ordenando el archivo del procedimiento y la devolución de la documentación anexa. La no subsanación del defecto en el plazo conferido, convierte aquél en firme e insubsanable (STC 41/1992); se excluye así «una reiteración o cadena de subsanaciones sucesivas, que podría significar el ampliar *ad infinitum* las posibilidades de subsanación» (STC 25/1991).

2) La segunda posibilidad es que la caución se haya ofrecido, pero de forma genérica, sin precisar ni su clase ni su cuantía. Estaríamos entonces, sin duda, ante una falta o irregularidad formal y subsanable. Sería un error rechazar «de plano» la medida cautelar solicitada, por el mero hecho de no haber concretado la caución. Inadmitir la medida cautelar por este simple defecto formal sería desproporcionado y contrario a la tutela judicial efectiva (art. 1 del CPC). Así lo entiende la Audiencia Provincial de Toledo

⁽³²⁾ No debe confundirse con la facultad del tribunal establecida en el artículo 354.e) del CPC, consistente en «exigir la prestación de contra cautela suficiente, salvo los casos exceptuados». El tribunal no puede de oficio fijar la caución, pero sí puede exigir de oficio la caución una vez fijada.

⁽³³⁾ SILVIA BARONA VILAR, «De las medidas cautelares», en *El Proceso Civil*, varios autores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, vol. VII, pág. 6042.

⁽³⁴⁾ Este es el criterio seguido por la AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), en el auto 116/2003, de 22 de septiembre: «Lo que hay que determinar, en este caso, son las consecuencias de su omisión, o las del ofrecimiento impropio en términos tan genéricos o imprecisos que le impidan cumplir su finalidad; y, al efecto, debe interpretarse ese requisito en atención a su fin y en conexión con la naturaleza del derecho que se ejercita, pues no hay que olvidar que la tutela cautelar forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SSTC 238/1992 y 218/1994), de manera si se rechaza a limine esa petición, se está impidiendo de principio el acceso a esa tutela que integra un derecho fundamental; es preciso, por tanto, interpretar la disposición legal que impone esa exigencia y determinar las consecuencias de su omisión en razón de su incidencia en dicho derecho, interpretación que, como es sabido, debe optar siempre por el sentido que más favorezca un ejercicio efectivo de tal derecho fundamental».

(Sección I.^a), en su auto 19/2005:

Aun cuando la prestación de la caución sea siempre necesaria y previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar, siendo por tanto el requisito ineludible acorde con el fundamento de la exigencia de caución para ejecución de la cautela, no debe ocurrir lo mismo con la exigencia de que en el escrito de petición, además del ofrecimiento de la prestación de caución, se especifique de qué tipo o tipos se ofrece constituir y con justificación del importe que se propone.

[...] Debe existir proporcionalidad entre el requisito omitido y la sanción, en este caso la inadmisión de la medida, pues tal inadmisión no debe entenderse como sanción a la parte que incurre en el defecto formal, sino como garantía de la integridad objetiva del procedimiento, debiendo las consecuencias del defecto guardar la debida proporción con la finalidad y función a que responde la exigencia legal del requisito incumplido, lo cual impide que el juzgador acuerde automáticamente y sin más ponderación la denegación de la medida sin dar ocasión a que la parte repare el defecto, siempre que éste sea subsanable, no tenga origen en una actividad contumaz o negligente del obligado a su cumplimiento y no dañe la regularidad del procedimiento o los derechos de las otras partes, siendo por ello incompatibles con la tutela judicial todas aquellas decisiones judiciales que inadmitan una medida por omisión de un requisito formal subsanable sin antes dar oportunidad a que la parte haya subsanado tal omisión.

[...]

Si se trae el caso analizado a coherencia con la doctrina expuesta, la consecuencia no puede ser otra que esa posible «falta» meramente formal que pudiera haberse cometido, es absolutamente subsanable, ya que la fianza se ofrece, se solicita del juez que la fije y se ofrece la caución mediante aval bancario, lo que hubiera sido efectivamente subsanado de fijar el juez la cuantía ponderada (piénsese que los «daños y perjuicios» de la medida solo abarcan a los gastos mismos de su práctica o cancelación en el Registro de la Propiedad).

La solución en estos casos es requerir al solicitante para que subsane el defecto (art. 20 y, por analogía, el art. 426.3 del CPC) y, de no hacerlo en el plazo que se le otorgue (máximo de 10 días), el tratamiento adecuado consiste en entender que, sea cual fuere la clase y cuantía de la caución fijada por el juez, el solicitante carece de gravamen para recurrir el auto correspondiente ya que no puede entenderse que el pronunciamiento le afecte desfavorablemente (art. 690) en cuanto dejó la concreción a juicio del tribunal⁽³⁵⁾.

3) Otra posibilidad es que el solicitante no ofrezca caución, pero argumentado y justificando que, por las circunstancias que concurren, se encuentra exento. Conviene retener que el ofrecimiento es una «regla general» (art. 386.1), no exigible cuando el solicitante justifique una exención (art. 380.3) de las previstas en el artículo 388 del CPC. En este caso, la justificación de la exención es la alternativa al ofrecimiento de la caución. La solución adecuada sería resolver sobre la exención propuesta y, de no estimarse, dar al solicitante la oportunidad de subsanar el ofrecimiento de caución en calidad y cuantía. Con todo, es aconsejable que quien considere que está exento de prestar caución, además de razonarlo así en su escrito de solicitud, la ofrezca subsidiariamente en este mismo escrito, señalando su clase y en cantidad suficiente para el caso de que se desestime la exención. De este modo, el solicitante ahorrará tiempo y obtendrá antes la tutela cautelar.

⁽³⁵⁾ Manuel ORTELLS RAMOS, «Las medidas cautelares», en *Proceso civil práctico*, ob. cit., tomo VIII, pág. 1187.

Jurisprudencia:

En cuanto a las consecuencias de la falta de ofrecimiento de caución y si es o no un defecto subsanable, en el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 6.ª), de 8 de mayo de 2003, se dice: «debe señalarse que la ausencia absoluta de cualquiera de los requisitos esenciales en el momento de petición inicial, no pueden ser subsanados. Dicha conclusión se basa en el carácter excepcional de la vía cautelar, como forma previa a un procedimiento judicial declarativo, en donde se vienen a restringir y a reducir de forma significativa los plazos, oportunidades probatorias y en caso extremo cabe su adopción inaudita parte», señalando, entre otros particulares, que «la caución sustitutoria que puede prestar el demandado cautelar para alzar las medidas adoptadas, tiene que estar en inmediata relación con la ofrecida por el demandante, por lo que es necesario que el demandado tenga conocimiento exacto de la que se ofrece por la contraparte, por lo que si carece de conocimiento absoluto de la caución ofrecida por el actor, no podrá formular las alegaciones oportunas sobre la misma y ofrecer caución sustitutoria, por lo que se le situaría en posición de indefensión, y que debería haberse inadmitido la demanda cautelar en el momento inicial». Este criterio se corresponde con el carácter fundamental e imprescindible que se atribuye a la caución como presupuesto de la medida cautelar, con respecto al cual se ha mantenido igualmente que el tribunal no puede fijar de oficio la caución si ésta no ha sido en absoluto ofrecida, pero sí que debe desestimar en ese caso la medida cautelar.

Supuesto distinto es el que también contempla el auto anteriormente citado (AP Cádiz, Sección 6.ª, 8-05-2003), y que refiere a que, en el ofrecimiento de caución, no concurriera alguno de los requisitos que establece el artículo 732.3 LEC, esto es, que se ofrezca caución pero no se señale el tipo o sin justificación del importe. En este caso y de conformidad con la apreciación que se efectúa en el mismo, y con lo dispuesto en el artículo 231 LEC, cabría la posibilidad de entender cumplido el requisito esencial y considerar la existencia de un defecto subsanable posteriormente, y bien de forma previa a la admisión, o al inicio del propio acto de la vista, requerir a la parte solicitante que subsane dicho defecto. Este criterio viene a mantenerse también en auto de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2.ª), de 1 de febrero de 2002, al tratar un caso en el que se realizó ofrecimiento de fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudiera causar la medida solicitada –anotación preventiva de la demanda–, concretándose en la comparecencia celebrada, sin mediar requerimiento alguno del juzgado, el importe de la caución y justificando tal cuantía, y los mismo mantiene el auto de 7 de febrero de 2003 de la Audiencia Provincial de Lérida (Sección 2.ª); ante el supuesto de caución ofrecida por el demandante, aunque sin fijar su cuantía ni especificar el tipo.

El auto de 27 de marzo de 2003 de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5.ª), analiza un caso en que la solicitud de tutela cautelar, se limitó a manifestar «por cuyos motivos y ponderados convenientemente se ofrece la caución que se fije, por el juzgador, interesando la moderación de la misma a la vista de las circunstancias concurrentes y acreditadas documentalmente», sin mencionar de qué tipo o tipos se ofrecía constituir la caución, ni tampoco cuantificar el importe que se proponía para la misma, ni mucho menos justificar lo adecuado de esa cuantía. Pues bien, tras expresar que dichas carencias no fueron subsanadas en el acto de la vista, confirmó la denegación de la medida cautelar, indicando que es evidente que para que el órgano jurisdiccional pueda fijar la caución que incumbe prestar al instante de las medidas cautelares es necesario que, respetando el principio de contradicción, cada una de las partes se pronuncie con precisión acerca de esos extremos, configurando entre ambas el marco en que ha de insertarse la resolución judicial.

Constituye un supuesto diferente el analizado por el auto de 6 de octubre de 2003, de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3.ª). En este caso no se ofreció caución por entender que se daba la exención de prestar caución al amparo del artículo 728.3 de la LEC, estimando que «la obligatoriedad de la caución no impone que ante la falta de ofrecimiento de la misma deban rechazarse las medidas acordadas, ya que está justificada dicha omisión en la fundamentación que realiza el recurrente de considerar que se trata de un supuesto excluido de su prestación». Igualmente, en el

auto de 27 de noviembre de 2002, la AP Girona, Sección 2.ª, ante un supuesto en que la parte demandante alegaba que no era requisito indispensable para otorgar la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda, la previa constitución de fianza, afirma que «nada parece que se oponga a que, solicitada la medida sin el correlativo ofrecimiento de caución, el tribunal pueda requerir al peticionario para que dé cumplimiento dicha exigencia, aplicando el artículo 231 de la LEC y en aras de dar plena efectividad al principio de tutela judicial. En estos casos, en definitiva, no se omite en la solicitud inicial la referencia a dicho presupuesto, sino que se argumenta que está excluido, por lo que la consecuencia no ha de ser la misma que en el caso de ausencia absoluta de este presupuesto en la petición inicial».

Finalmente, ha de señalarse que la delimitación de la caución con la solicitud inicial no vincula al juez, quien la fijará atendiendo a la precisa suficiencia para hacer frente de manera rápida y efectiva a los daños y perjuicios ocasionables en el patrimonio del deudor, pudiendo otorgarse la caución en cualquier de las formas previstas en el artículo 529.3 de la LEC, que a juicio del tribunal garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad (Auto de 28 de junio de 2002, Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª).

b) Prestación de la caución

La prestación de la caución es una exigencia previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada (arts. 386.2 y 389.1). Por tanto, estamos ante un presupuesto de ejecución de la medida. Al determinar la caución (forma y cuantía) el juez ha de señalar también un plazo (tiempo) para prestarla, atendiendo a las circunstancias del caso (art. 385.2). El plazo se computa conforme a lo dispuesto en los artículos 119 y siguientes del CPC. La consecuencia de no constituir la caución dentro del plazo es la preclusión de la posibilidad de prestarla (art. 126), debiéndose dictarse resolución acordando dejar sin efecto las medidas adoptadas.

C) Cantidad y calidad de la caución

a) Criterios legales para determinar la cantidad garantizada por la caución

El Código Procesal Civil establece que la caución ofrecida por el solicitante de la medida ha de ser suficiente para responder de los daños y perjuicios que la cautela pudiera producir en el patrimonio del demandado, así como de las costas del incidente (art. 386.1). De suficiencia habla también el artículo 351.e). Y el artículo 387.2 determina que la caución se acordara siempre respetando la proporcionalidad en relación con la capacidad económica del solicitante.

La cuantía de la caución se determinará por el tribunal conforme a dos parámetros: suficiencia respecto de lo que es objeto de garantía y proporcionalidad respecto de la capacidad económica del solicitante.

1) *Daños y perjuicios que pudieran producirse en el patrimonio del sujeto pasivo de la medida.* El primer criterio que debe determinar la cuantía de la caución es el de garantizar la indemnidad del demandado por la adopción de la medida. Los daños y perjuicios previsibles en el patrimonio del demandado están en función del contenido y efectos de la concreta medida decretada. Por ejemplo, la medida de intervención de una empresa (arts. 371 a 373 del CPC) es menos lesiva o potencialmente menos dañina para el

sujeto pasivo que la administración judicial (arts. 374 a 376 del CPC), toda vez que en la primera mantiene la administración de la empresa, aunque controlada por un interventor judicial, mientras que en esta última pierde por completo dicha administración.

Desde este punto de vista, la caución actúa como contracautela frente a la medida acordada (STC 105/1994)⁽³⁶⁾. Ahora bien, antes de determinar la cuantía de la caución, el tribunal tiene facultades para concretar la medida cautelar, pudiendo acordar una menos rigurosa que la solicitada, así como establecer su alcance y duración (art. 354 del CPC). La configuración judicial de su contenido y efectos ha de funcionar como primera contramedida precautoria de los intereses del demandado. Buscar la menor onerosidad para el demandado, a la hora de elegir la medida por parte del tribunal (art. 357 del CPC), garantiza menores daños si finalmente la demanda es desestimada.

Por lo demás, la referencia legal que relaciona la cuantía de la caución con los daños y perjuicios en el «patrimonio» del demandado (art. 386.1 del CPC) es desafortunada. No siempre la adopción de una medida cautelar causa daños en el patrimonio y, no por ello, va a dejar de prestarse caución.

2) *La capacidad económica del solicitante de las medidas.* Otro de los criterios indicados por el legislador para fijar la cuantía de la caución es su proporcionalidad con la capacidad económica del solicitante (art. 387.2 del CPC). En el difícil equilibrio de los pesos y contrapesos utilizados para proteger los intereses del demandado y, al mismo tiempo, adecuar la caución a las posibilidades económicas de la parte demandante, resulta imposible encontrar una solución general y válida para todos los supuestos, por lo que habrá que atender al caso particular que se examine. Sí que podemos señalar que la capacidad económica del solicitante no es, por sí misma, determinante para fijar la caución y, desde luego, no lo es con más intensidad que la valoración del perjuicio (STC 202/1987)⁽³⁷⁾.

En esta línea, y en relación con una medida de anotación preventiva de demanda, la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 3.ª), en su auto de 6 de junio de 2002, pondera con mayor intensidad los perjuicios que se puedan causar al demandado que la capacidad económica del solicitante, estableciendo que la caución ha de fijarse «en atención al perjuicio económico que el asiento registral produce al titular inscrito y demandado. No juega, por tanto, aquí la capacidad económica del actor, al menos con más intensidad que la valoración del perjuicio que pueda sufrir el demandado, sino propiamente ese perjuicio, porque hay que tener en cuenta que, en la mayoría de los casos frente a la presunción legal de firmeza del derecho del titular inscrito, lo que se opone por el actor es una pretensión en principio no inscribible y generalmente calificable de derecho expectante o al menos sujeto a

⁽³⁶⁾ La STC 105/1994 afirma al respecto que «las medidas cautelares pueden y aun deben equilibrarse en muchos casos por contracautelas, una de las cuales es la caución suficiente para responder de los daños o perjuicios».

⁽³⁷⁾ La STC 202/1987 advirtió que «justamente porque hay un interés contrapuesto... la ley también se cuida de garantizarlo y otorga al juez la facultad... de fijar la caución... en atención al perjuicio económico... No juega, por tanto, la capacidad económica del actor, al menos con más intensidad que la valoración del perjuicio».

discusión» (lo mismo declara el AAP de Madrid, Sección 14.ª, de 25 de junio de 2001).

Una caución escasa o simplemente simbólica (ajustada exclusivamente a la escasa capacidad económica del solicitante de la medida) no cumple su finalidad puesto que no garantiza la indemnización del demandado en caso de ser desestimada la medida cautelar (en cuanto al pago de las costas causadas en el incidente) o bien al no prosperar la pretensión principal (en relación a los perjuicios derivados del mantenimiento de la medida). Pero también hay que tener en cuenta que una caución excesiva puede hacer absolutamente ineficaz la medida acordada, frustrando de esta manera el fin pretendido por la tutela cautelar.

Cabe finalmente plantearse si es posible suplir la debilidad de los argumentos y justificaciones del solicitante, con la prestación de una mayor caución. No parece aceptable tal posibilidad. La adopción de las medidas cautelares está condicionada por su finalidad y función en el proceso, esto es, por la concurrencia de los presupuestos para su adopción (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*) y no por una mayor o menor caución, que es presupuesto de ejecución de la medida. Así pues, o se dan los presupuestos de adopción citados y, por tanto, procede acordar la medida, determinando al propio tiempo la caución según los criterios expuestos, o bien no se justifican suficientemente estos presupuestos, en cuyo caso no cabe suplir su insuficiencia con una mayor caución⁽³⁶⁾.

b) La calidad de la caución

La caución puede prestarse en dinero en efectivo, cheque certificado, cheque de gerencia o de caja, garantía bancaria o de instituciones financieras (art. 387.1 del CPC). El legislador ha evitado utilizar fórmulas abiertas, ni siquiera como cláusula de cierre de un listado previo de cauciones admisibles (como, por ejemplo, remitiéndose a cualquier otra modalidad de caución que a juicio del tribunal fuera adecuada al caso). Por el contrario, ha establecido un catálogo cerrado (*numerus clausus*) de posibles tipos de caución. Solo puede prestarse caución en alguna de las formas previstas, y no en otra. Con esta técnica se evitan los inconvenientes derivados de formulaciones abiertas a otras indeterminadas modalidades de caución, que hubieran fomentado frecuentes debates a propósito de su idoneidad. Característica común a las modalidades de caución admisibles es su inmediata disponibilidad, que permite responder de manera rápida a la indemnización de daños y perjuicios (obsérvese que no se admiten otras garantías, como la hipotecaria, que, aun pudiendo ser suficiente en lo relativo a la cuantía, no sería idónea en lo relativo a la rapidez de su disponibilidad).

Ofrecida la garantía en alguna de las clases legalmente previstas, el juez no puede rechazarla en atención a su calidad, siempre que se pueda considerar suficiente en su cuantía y cumpla con las previsiones del auto en el que se acuerde la medida. En definitiva toda caución que se establezca deberá cumplir dos requisitos: seguridad del valor del bien y fácil liquidación y disponibilidad por el demandado.

⁽³⁶⁾ Véase José María RIFA SOLER, «Requisitos de las medidas cautelares...», en ob. cit., págs. 109-110.

L. Alfredo de Diego Díez

CAPÍTULO III.

EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ÓRGANO JUDICIAL. A) Competencia objetiva y funcional. B) Competencia en casos especiales. C) Tratamiento procesal de la competencia. Apreciación de oficio. Momento hasta el que puede apreciarse la incompetencia. Validez de las actuaciones llevadas a cabo por órgano incompetente. 3. LAS PARTES. A) Legitimación. B) Intervención de terceros. La intervención de terceros en las actuaciones cautelares en general. La tercería de dominio en el embargo preventivo. C) Postulación. 4. SOLICITUD DE LA MEDIDA CAUTELAR. A) Instancia de parte. B) Requisitos y contenido de la solicitud. a) Claridad y precisión en la determinación de la medida y su alcance. b) Justificación cumplida de los presupuestos, c) Ofrecimiento de prestar una concreta caución, d) Supuestos especiales. 5. MOMENTO PARA INSTAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. A) Medidas cautelares previas a la demanda. a) Ámbito. b) Requisitos. c) Procedimiento. d) Vigencia y alzamiento de estas medidas. B) Medidas cautelares coetáneas a la demanda. a) Solicitud de medidas cautelares. b) Admisión de la petición cautelar. C) Medidas cautelares posteriores a la demanda y en fase de recursos. 6. TRAMITACIÓN. E) Adopción de medidas sin. F) audiencia previa (con contradicción diferida). G) Presupuestos. H) Trámite procesal. I. Resolución. J) Oposición del demandado. B) Tratamiento de las cautelas con audiencia previa. Convocatoria de la audiencia. Sustanciación de la audiencia. Resolución. C) Recursos. Contra las resoluciones interlocutorias. Contra la decisión sobre las cautelas. 7. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. A) Prestación de caución para el cumplimiento de la medida. B) Excepciones a la prestación de caución. Quien tenga reconocido el beneficio de asistencia jurídica gratuita. Decisión judicial en caso de desequilibrio de capacidad económica de los litigantes. El Estado Litigante que hubiera obtenido una sentencia favorable. C) Forma de la caución. D) Decisión sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la fianza 8. MODIFICACIÓN Y LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Modificación de medidas como consecuencia de alteraciones en los hechos Hechos o circunstancias sobrevenidas o de nuevo conocimiento. Hechos o circunstancias decisivos. Procedimiento. Modificación de medidas como consecuencia de alteraciones en el proceso principal. Sentencia estimatoria firme. Sentencia estimatoria no firme. Sentencia absolutoria firme. Sentencia absolutoria no firme. Sentencia parcialmente estimatoria. Terminación anormal del proceso. Caducidad de la medida cautelar 9. CAUCIÓN SUSTITUTORIA. A) Momento para solicitarla. B) Criterios para su concesión. 10. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. A) Responsabilidad objetiva del solicitante. B) Supuesto. C) Contenido.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro del Libro III del Código, dedicado íntegramente a las medidas cautelares, el procedimiento para su adopción se encuentra en el Título III, concretamente en los artículos 380 a 393, mientras que el procedimiento para su modificación y revocación lo hallamos en el Título IV, artículos 394 a 397; todo ello sin olvidar las normas generales del Título I (arts. 350 a 354).

En el nuevo Código, el legislador ha dotado a la tutela cautelar de un procedimiento completo y unitario. Completo, porque en él se contemplan aspectos relativos a los requisitos

de la solicitud, la legitimación y la competencia objetiva para su adopción; se regulan minuciosamente los trámites procesales, hasta la decisión y ejecución de las medidas, sin olvidar el tratamiento de la caución; y, finalmente, se afrontan los incidentes de modificación y alzamiento de las medidas cautelares. Unitario, porque tiene vocación de ser la normativa común, dentro del ordenamiento procesal civil hondureño, para cualquier tutela cautelar que se solicite, a salvo alguna peculiaridad establecida para las medidas cautelares previstas fuera del Libro III.

Esta regulación supone una novedad en el ámbito del derecho hondureño. El anterior Código de Procedimientos Civiles de 1906, al tratar las providencias precautorias (arts. 270 a 285) carecía de previsión alguna en materia procedimental. Ninguna norma reguladora del procedimiento para la adopción de las medidas cautelares encontraremos a lo largo de los artículos citados. Tal vacío legal se ha venido a solucionar acertada y satisfactoriamente por el nuevo Código Procesal Penal. Una de sus virtudes es, precisamente, la de presentar un tratamiento sistemático de las medidas cautelares, procurando que la regulación sea sencilla y comprensible a la vez que dotada de una cierta flexibilidad que permite la puesta en marcha del sistema de medidas cautelares lo más adaptado posible a cada situación concreta, a cada proceso o litigio. Con esta regulación se garantiza a los litigantes el acceso a la tutela cautelar establecida en el artículo 2 del Código, disponiendo al mismo tiempo un sistema de garantías para el afectado por las mismas.

Antes de entrar en el análisis del procedimiento, conviene recordar y, en su caso, sentar algunas ideas sobre el carácter instrumental, sumario y contradictorio del proceso cautelar:

1) El proceso cautelar, que se encarna en estas normas procedimentales, es un proceso autónomo pero instrumental del proceso principal, de manera que en cuanto se ponga fin a este último, el proceso cautelar deja de tener sentido e igualmente se le deberá poner fin, dejándose sin efecto las medidas que se hubieran podido acordar.

2) El proceso cautelar es un proceso de carácter sumario, lo que se entiende en un doble sentido: a) en un sentido procedimental, de duración, pues se trata de un proceso abreviado, corto, rápido en el tiempo, con unos plazos cortos que no exceden nunca de los cinco días para los diferentes trámites, tanto si se trata de adoptar la medida con audiencia previa del demandado, como si se trata de su adopción sin audiencia previa, aunque en este caso se debe añadir a la duración el posible trámite de oposición de los artículos 390 y siguientes; b) en un sentido procesal, porque es un proceso de cognición limitada, ceñido a las medidas para asegurar el derecho material invocado mientras dura el proceso principal, en el que el juez puede limitar los medios de prueba (art. 384.2), y porque las medidas adoptadas, pese a la firmeza de la resolución, son revisables si concurren hechos o circunstancias que no pudieron tenerse al tiempo de ser acordadas o de oponerse a su concesión.

3) Por último, se trata de un proceso en el que el principio de contradicción puede estar sometido a limitación. En la regulación pueden distinguirse claramente dos tramitaciones distintas del procedimiento cautelar. La primera (art. 383.1), es la general y parte de que la adopción de la medida cautelar deberá acordarse previa audiencia de la parte contra quien

se solicite, caso en el que el contradictorio rige plenamente. Pero la segunda (art. 383.2), prevé la situación excepcional en teoría, de que la solicitud se tramite, y la medida cautelar se adopte, sin audiencia de la parte contraria, por razones de urgencia o de que la celebración de la audiencia a la parte contraria pueda comprometer el éxito de la medida cautelar. En este caso, está claro que el solicitante obtiene con una extraordinaria rapidez la tutela cautelar que pretende, pero el demandado que sufre la medida ha visto como se produce una injerencia en su esfera patrimonial sin poderse defender. Para que el derecho de defensa no quede eliminado, y con ello la propia esencia del proceso y del derecho procesal, lo que se prevé es un contradictorio que puede llamarse sucesivo, es decir, un trámite de oposición del demandado, posterior a la decisión de adopción de la medida, y con un contenido limitado, pero que permite entender salvaguardado su derecho de defensa en lo que se refiere a la adopción de la medida cautelar, puesto que puede terminar con el levantamiento de dicha medida.

2. EL ÓRGANO JUDICIAL

A) Competencia objetiva y funcional

La competencia para la adopción de las medidas cautelares se reside en el órgano que se encuentre conociendo del proceso principal en primera instancia o en vía de recurso (competencia funcional) y, si aún no se hubiera iniciado el proceso principal, en el órgano que deba conocer del mismo objetiva y territorialmente (art. 381.1). De este modo se hace coincidir la competencia para conocer del proceso principal en cada uno de sus grados con la competencia para adoptar las medidas cautelares. Competentes serán, por tanto, los Juzgados de Paz y los Juzgados de Letras cuando conozcan, o deban conocer, del proceso principal en primera instancia (art. 29); los Juzgados de Letras y las Cortes de Apelación, cuando estén conociendo del recurso de apelación del proceso principal (art. 706); y la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de la casación (art. 718). La principal razón es que las medidas cautelares han de guardar relación con un proceso principal, de manera que el órgano que al tiempo de solicitar tales medidas esté conociendo de dicho proceso principal (ya sea en primera instancia o en vía de recurso) es quien se encuentra en la situación más idónea para resolver sobre la tutela cautelar, en especial si se tiene en cuenta la posibilidad de alzamiento y modificación de las mismas o de su sustitución por una equitativa contracautela.

Doctrinalmente se ha discutido sobre la conveniencia de atribuir el conocimiento de las medidas cautelares a un órgano distinto del competente para el proceso principal, a fin de evitar cualquier sospecha de «contaminación»⁽³⁹⁾. La decisión sobre la tutela cautelar implica un juicio previo (aunque provisional e indiciario) sobre la cuestión de fondo que podría generar algunos prejuicios o impresiones a favor o en contra de la posición de una parte, con el riesgo de influir al dictar la sentencia. El Código Procesal Civil ha optado por no separar la competencia.

⁽³⁹⁾ Puede verse, por ejemplo, José Francisco VALLS GOMBAU, «Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales», en ob. cit., págs. 361-362; ídem, «La unificación del procedimiento cautelar», en *Las medidas cautelares y los recursos*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 10/2000, CGPJ, Madrid, págs. 264-266.

B) Competencia en casos especiales

a) *Procesos arbitrales nacionales.* En los procesos arbitrales pendientes en Honduras también pueden solicitarse medidas cautelares por quienes acrediten ser parte actora, ya sea el demandante principal o el actor reconvenional (art. 353.1). Ahora bien, son los órganos judiciales –y no el árbitro– quienes tienen en exclusiva la facultad de otorgar dicha tutela. El legislador ha determinado que sea el tribunal del lugar donde se deba ejecutar la sentencia arbitral, el competente para acordar las medidas cautelares en apoyo del arbitraje. Pero, como el lugar en el cual deba ejecutarse la sentencia arbitral puede resultar difícil de identificar de antemano –o, incluso, encontrarse fuera de Honduras– se ha previsto otro fuero alternativo: el lugar donde las medidas estén llamadas a desplegar sus efectos (art. 381.2).

Ha de significarse que no cabe pedir medidas previas al proceso arbitral, sino solo coetáneas o posteriores a su inicio. Con suma nitidez, el artículo 353.1 autoriza la solicitud de medidas en «un arbitraje iniciado», pero no antes de que comience.

b) *Procesos arbitrales o judiciales extranjeros.* En los litigios extranjeros también es posible, aunque con restricciones, la adopción de medidas cautelares por los tribunales hondureños. Ello se debe a la norma de competencia judicial internacional incorporada por el artículo 381.2, en su último inciso, del CPC. Se trata de una excepcional intervención de los tribunales nacionales en un aspecto incidental (adopción de medidas cautelares) respecto de procesos arbitrales y judiciales que están pendientes fuera de nuestras fronteras, ante tribunales extranjeros. En esta materia es de aplicación prioritaria lo dispuesto en los tratados o convenios aplicables. Hay que estar, por tanto, a los que formen parte del derecho interno conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución⁽⁴⁰⁾; no podía ser de otro modo a la vista de que el artículo 18 de la Constitución establece claramente que, «en caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley, prevalecerá el primero». De no existir norma internacional aplicable, la competencia de los órganos judiciales hondureños para acordar sobre la tutela cautelar se determina igual que en los procesos arbitrales: son fueros concurrentes, de carácter alternativo, el del lugar donde se deba ejecutar la sentencia extranjera (arbitral o judicial), o bien, donde deban surtir efecto las medidas (art. 381.2). Pero, en estos casos, el objeto del proceso cautelar sufre una restricción lógica por la territorialidad de la jurisdicción: las únicas medidas que podrán adoptar los órganos jurisdiccionales hondureños lo serán «respecto de bienes situados o actos que se estén realizando en Honduras» (art. 353.2).

Tampoco en estos casos es posible pedir medidas previas a la demanda puesto que el artículo 353.2 solo legitima como solicitante de estas medidas a quien acredite «ser parte» en los procesos arbitrales o judiciales extranjeros, lo cual implica la existencia de un proceso ya iniciado.

C) Tratamiento procesal de la competencia

a) *Apreciación de oficio*

El Código Procesal Civil señala, con carácter general, que «el tribunal examinará de

⁽⁴⁰⁾ *Artículo 16 de la Constitución.* Todos los tratados internacionales deben ser aprobados por el Congreso Nacional antes de su ratificación por el Poder Ejecutivo. Los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno.

L. Alfredo de Diego Díez

oficio su jurisdicción y competencia para conocer de la solicitud de medidas cautelares, rechazando de plano su intervención si considera que carece de ellas, y remitiendo al solicitante al tribunal competente» (art. 382.1). En consecuencia, el tribunal ante el que se solicite la medida cautelar deberá examinar de oficio su propia jurisdicción (art. 25) y también su competencia objetiva (art. 31), funcional (art. 33) e incluso territorial cuando el fuero sea imperativo (arts. 36 y 41.1). Podemos distinguir:

a) Petición coetánea a la demanda. El tribunal examinará su competencia y jurisdicción respecto del proceso principal, por lo que la admisión de la demanda implicará el reconocimiento de competencia para conocer de la medida cautelar.

b) Petición posterior a la demanda. Si el tribunal ya está conociendo del proceso o del recurso en el que se solicita la medida, no ofrece ninguna duda su competencia para resolver sobre las medidas cautelares.

c) Petición previa a la demanda. Exige que el tribunal examine su competencia y jurisdicción para conocer del proceso ulterior, pues de ello depende que la tenga también sobre las medidas cautelares (art. 381.1). Por consiguiente, el solicitante, junto con la petición de medidas, habrá de ofrecer al órgano judicial información suficiente sobre el posterior proceso para que pueda determinar su competencia al respecto. De no hacerlo así, el peticionario deberá ser requerido para subsanar tal deficiencia (art. 20 del CPC) y completar los datos que falten en un plazo no superior a diez días (por analogía: art. 426.3 del CPC). Si la información requerida no es aportada o lo es deficientemente, no habrá lugar a un nuevo requerimiento, sino que procederá la inadmisión de la solicitud sin más trámite.

Si el tribunal estima que carece de jurisdicción o competencia para conocer de la solicitud de medidas cautelares, el artículo 382.1 le ordena rechazar «de plano» su intervención, lo cual parece dar a entender que no es necesario ningún trámite, ni siquiera el de oír al Ministerio Público. Sin embargo, esta drástica solución solo puede adoptarse en el caso de las medidas previas a la demanda. Por el contrario, si la cautela se pide una vez presentada la demanda, la suerte del incidente sobre las medidas correrá pareja a la de la demanda principal y, para apreciar la falta de jurisdicción o competencia será preciso oír a las partes y al Ministerio Público (arts. 25.2, 31.3, 42.1 del CPC).

La misma distinción hay que hacer sobre la remisión del solicitante (numeral 1) o de las actuaciones (numeral 2) al tribunal competente. Si el tribunal rechaza de plano su intervención (numeral 1), sin llegar a acordar medida cautelar alguna, la remisión es a la parte y no de las actuaciones, por lo que deberá plantear de nuevo la petición ante el tribunal competente. Sin embargo, si la medida cautelar ya ha sido acordada (numeral 2), la remisión es de las actuaciones, de manera que el solicitante tendrá que personarse ante el tribunal competente sin necesidad de reproducir los trámites ya llevados a cabo.

b) Momento hasta el que puede aprecciarse la incompetencia

No queda expresamente resuelto el momento hasta el cual el órgano judicial puede apreciar su falta de jurisdicción o competencia, aunque de la dicción del artículo 382.2 se

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

infiere fácilmente que puede hacerlo incluso después de acordada la medida: «la medida ordenada por un tribunal incompetente será válida si se cumplen los demás requisitos legales, pero no se prorrogará la competencia, debiendo remitirse las actuaciones al tribunal competente en cuanto sea requerido o se ponga de manifiesto la incompetencia».

El Código permite al tribunal declarar su falta de jurisdicción o de competencia, de oficio o a instancia de parte, en cualquier momento—incluso cuando ya se hayan adoptado las medidas cautelares—, remitiendo las actuaciones al órgano competente para que continúe el procedimiento. Esta solución es la que mejor se corresponde con el carácter de *ius cogens* (derecho necesario, no dispositivo) de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva, funcional, e incluso territorial cuando esta última venga fijada por fuero imperativo. En todos estos casos nos encontramos ante normas procesales no disponibles, que se aplican de oficio (arts. 25, 31, 33, 36 y 41.1). Claro es que, tratándose de competencia territorial regida por fueros dispositivos (art. 38), si las partes se hubieran sometido expresa o tácitamente (art. 39 y 40), el tribunal carece de facultades para revisar o controlar de oficio su competencia al respecto (art. 41.2).

c) Validez de las actuaciones llevadas a cabo por órgano incompetente

Las medidas adoptadas por órgano incompetente serán válidas (art. 382.2). La declaración de incompetencia o falta de jurisdicción no conlleva la nulidad de actuaciones con retroacción del procedimiento, sino tan solo su remisión al órgano competente para que prosiga su tramitación con arreglo a Derecho. Quiere ello decir que no podrán aquí hacerse valer los motivos de nulidad previstos en el artículo 212, literales a) y b) (cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción, o de competencia objetiva, funcional o territorial cuando esta última venga fijada imperativamente). Únicamente será posible declarar la nulidad de las medidas cautelares adoptadas por juez incompetente o falto de jurisdicción cuando las mismas no cumplan con el resto de las exigencias legales; nulidad que habrá de plantearse ante el tribunal que haya recibido las actuaciones posteriormente y ante el que se deberían haber solicitado las medidas cautelares.

3. LAS PARTES

El régimen de las partes, de sus diversos requisitos de capacidad y de legitimación, es el establecido en las disposiciones generales del Libro I, Título III del CPC (arts. 59 y ss.), aunque hay algunas especialidades.

A) Legitimación

Conforme a lo dispuesto por el artículo 350 del CPC, pueden solicitar la adopción de medidas cautelares el demandante o el demandado reconviniente; es el ejercicio de cualquier pretensión, tanto en la demanda como en la reconvenición, lo que legitima activamente para pretender también la tutela cautelar. Pero también está legitimado quien todavía no sea demandante, pero tenga intención de demandar: el artículo 352 autoriza la petición de medidas cautelares antes de iniciarse el proceso (medidas provisionalísimas o *ante causam*).

L. Alfredo de Diego Díez

En suma, y debido al carácter instrumental de la tutela cautelar, las partes legitimadas para pedir las y soportarlas son las mismas que intervienen o van a intervenir en el proceso en función del cual se solicitan. Es posible, por tanto, que en un mismo proceso soliciten medidas cautelares el demandante y también el demandado reconviniente; ahora bien, toda vez que la reconvencción exige una conexión entre sus pretensiones y las de la demanda (art. 435.1 del CPC) —conexión que debe estar referida a las causas de pedir de una y otra— resultará difícil que se adopten medidas cautelares a favor de ambos actores (principal y reconvenccional) ya que es muy probable que las pretensiones sean contrarias y se excluyan entre sí.

B) Intervención de terceros en las actuaciones cautelares

La intervención de terceros en las actuaciones cautelares tiene múltiples facetas de las que el Código no se ocupa específicamente en el Libro III; habrá que acudir, por tanto, a las normas generales reguladoras de la intervención de terceros en el proceso, adecuándolas en lo posible al alcance y contenido de la tutela cautelar.

a) La intervención de terceros en las actuaciones cautelares en general

a) Intervención de terceros con interés directo y legítimo en la decisión de fondo. El Código menciona exclusivamente al demandante y del demandado reconviniente (también llamado actor reconvenccional) a la hora de señalar las personas legitimadas para solicitar la tutela cautelar (art. 350.1); ello podría hacernos dudar, inicialmente, sobre la legitimación de un tercero admitido a intervenir en el proceso, por tener interés directo en la decisión de fondo (art. 77), para formular una solicitud de medidas cautelares. En mi opinión, las posibilidades que, de acuerdo con el artículo 77 del Código, forman parte del estatuto procesal del interviniente, obligan a admitir su legitimación también para solicitar cautelas en garantía de la pretensión actora o reconvenccional, toda vez que es considerado «parte a todos los efectos» y «podrá defender las pretensiones formuladas por la parte en cuya posición ingrese» (art. 77.3).

Como se ve, la función del tercero que interviene en un proceso pendiente consiste en «defender las pretensiones» de la parte en cuya posición haya ingresado, pudiendo mantener la defensa de esa posición aunque el actor o el demandado inicial lleven a cabo algún acto de disposición sobre el objeto del proceso o sobre el proceso mismo (renuncia, allanamiento, desistimiento o abandono del proceso) que no sea aceptado por el tercero interviniente. El derecho de defensa se desarrolla a través de diferentes actuaciones de parte (actos alegatorios, de prueba, interposición de recursos, etc.) entre los que se encuentra la petición de tutela cautelar. Por tanto, una vez que el tercero interviniente es admitido como parte procesal, no veo inconveniente alguno para reconocerle —como uno de los elementos integrantes de la actuación defensiva que puede llevar a cabo—, la facultad de solicitar medidas cautelares propias y autónomas de las del actor principal (al igual que podrá tener iniciativa propia para proponer los medios de prueba y hacer las alegaciones que estime procedentes) siempre que tengan como finalidad asegurar la efectividad de la pretensión formulada por la parte en cuya posición haya ingresado.

b) Intervención de terceros indirectamente afectados por la medida cautelar. Cabe también considerar si es admisible la intervención de terceros que se vean indirectamente

afectados por la medida cautelar acordada. Es cierto que la medida cautelar va dirigida contra el demandado, y sobre bienes o derechos de su titularidad (art. 350.2), sin que pueda extenderse a bienes de terceros que no sean parte del proceso. Pero, la eficacia jurídica de la medida y su efectividad material puede comportar efectos indirectos desfavorables para terceros (por ejemplo: el depósito judicial de un bien mueble impide, eventualmente, el cumplimiento de obligaciones de transmisión a terceros de ese bien; las órdenes provisionales de abstención pueden afectar negativamente al cumplimiento de obligaciones contraídas con terceros, al igual que la administración judicial de bienes productivos conducirá a que el administrador adopte decisiones correctoras o de impugnación de anteriores compromisos).

Pues bien, a salvo lo que luego se dirá respecto de las tercerías, es inadmisibile la intervención de estos terceros en el proceso cautelar. Solo podrían hacerlo si estuvieran legitimados para intervenir en el proceso principal; pero, en tal caso, tendrían que justificar un interés directo y legítimo en la cuestión de fondo del proceso principal, y no solamente un interés en la medida cautelar adoptada.

b) La tercería de dominio en el embargo preventivo

La tercería de dominio puede interponerse desde que se haya embargado el bien o bienes a que se refiere (art. 825 del CPC); en consecuencia, nada impide entender que la tercería de dominio es procedente aun cuando el embargo sea preventivo. En suma, en el procedimiento de medidas cautelares es posible plantear tercería de dominio, de manera que no solo quien afirme la titularidad dominical del bien o bienes embargados, sino también quien sea titular de otros derechos oponibles al embargo (como, por ejemplo, el derecho real de usufructo), podrá intervenir como parte en el incidente de tercería para el alzamiento del embargo preventivo (art. 825 del CPC).

Téngase presente que el embargo preventivo –igual que el ejecutivo– supone la atribución de la titularidad del bien al demandado. Si tal atribución de titularidad es errónea, la resolución que acuerda el embargo está, a su vez, negando el derecho de quien es el verdadero titular; y esta simple negación –aunque tácita– es suficiente para que surja en el verdadero titular un interés legítimo en deshacer el error.

Si bien se mira, la única diferencia entre el embargo preventivo y el ejecutivo es que, en este último, se procede seguidamente a la realización forzosa del bien mientras que en el primero se mantiene la traba sin entrar en el procedimiento de apremio. Pero ello no justifica, en absoluto, que no proceda el levantamiento de la traba que, en uno u otro caso, pueda resultar errónea. Aunque la afectación del bien mediante un embargo preventivo no suponga su inmediato destino a la realización forzosa, sí que origina, para el verdadero titular del bien –frente al cual no haya sido decretado el embargo–, perjuicios actuales y riesgos futuros que justifican el establecimiento de un medio defensivo para anular la afectación. Al fin y al cabo, el embargo (sea preventivo o ejecutivo) tiene como finalidad última la realización del bien y la satisfacción del actor o ejecutante⁽⁴¹⁾.

⁽⁴¹⁾ Véanse, por ejemplo, Miguel Ángel FERNÁNDEZ BALLESTEROS, «De las medidas cautelares», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, varios autores, 1.ª reimpresión, Jurgium editores, Barcelona, 2001, tomo III, pág. 3300; y Jose Francisco VALLS GOMBAU, «Las medidas cautelares en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, varios autores, colección «Estudios de Derecho Judicial», vol. 17/1999, CGPJ, Madrid, pág. 61.

C) Postulación

La intervención de profesionales del derecho se ajustará a las normas generales sobre postulación (art. 79.1 del CPC). Así pues, salvo que la ley disponga lo contrario, la comparecencia en juicio de la parte deberá hacerse mediante profesional del derecho habilitado legalmente para ejercer, quien asumirá su defensa y representación procesal. Esta regla tiene dos excepciones:

1. Si en el proceso principal no es preceptiva la intervención de profesional del derecho (art. 79.4) tampoco lo es en las actuaciones cautelares incidentales de aquel proceso principal. Dicho de otro modo: si la petición de tutela cautelar se presenta con la demanda o con posterioridad, deberá hacerse mediante el correspondiente defensor y representante procesal sólo cuando su intervención sea preceptiva en el proceso principal.

2. Tampoco es preceptiva la postulación por profesionales si se solicitan medidas urgentes previas a la demanda (ante causam). El artículo 80 del CPC dispensa la intervención de estos profesionales y autoriza a las partes a pedir directamente por sí mismas ante el tribunal «la adopción de medidas urgentes de protección de sus derechos e intereses legítimos, previamente a la interposición de la demanda» (arts. 352 y 383.2 del CPC). Esta exención afecta exclusivamente al acto inicial del procedimiento cautelar, esto es, a la solicitud, pero no a los actos ulteriores, los cuales sí requieren postulación técnica. Así viene expresamente previsto para las medidas provisionales previas a la demanda (conocidas también como medidas provisionalisimas), en los procesos matrimoniales (art. 658.2 del CPC)⁽⁴²⁾.

4. SOLICITUD DE LA MEDIDA CAUTELAR

A) Instancia de parte

En el proceso civil rige, como regla general, el principio dispositivo (o principio de demanda), y la tutela cautelar no es una excepción. Por ello, la petición de parte es requisito imprescindible para que se ponga en marcha el procedimiento cautelar (art. 350.2 del CPC); requisito extensible a las medidas cautelares reguladas fuera del Libro III, como es el caso de los procesos de impugnación de los acuerdos sociales (art. 509), procesos en materia de competencia desleal (art. 519), procesos para la protección de la propiedad industrial e intelectual (arts. 527 y 534, respectivamente), o procesos relativos a publicidad (art. 540). La excepción a esta regla general la encontramos, como el propio Código indica, en algunos procesos no dispositivos⁽⁴³⁾. Tal es el caso de las medidas de los procesos

⁽⁴²⁾ Dice este precepto que, para formular solicitud de medidas provisionalisimas, esto es, previas a la demanda de nulidad, separación divorcio, «no será precisa la intervención de profesional del derecho que le defienda y represente, pero sí será necesaria dicha intervención para todo escrito y actuación posterior».

⁽⁴³⁾ En el proceso civil, por lo general, se tutelan derechos e intereses subjetivos, sometidos a la autonomía de la voluntad. Estos derechos son totalmente disponibles por su titular: él es el dueño del derecho material y, consecuentemente, en caso de conflicto, puede impetrar la tutela jurisdiccional o solucionarlo fuera del proceso, acudiendo a fórmulas autocompositivas o al arbitraje. Esta regla no vale para los

sobre incapacitación de las personas (art. 642 del CPC) y sobre filiación (art. 648 del CPC).

La solicitud previa de parte sirve también para determinar los límites de la necesaria congruencia entre el contenido de la petición de tutela cautelar y la resolución que se pronuncie sobre ella. La congruencia impide que el tribunal pueda extralimitarse en perjuicio del demandado y, por ello, el Código prohíbe tajantemente ordenar medidas cautelares más gravosas que las efectivamente solicitadas, aunque autoriza todas aquellas que sean menos onerosas para el demandado (art. 357 del CPC). El límite de la congruencia queda así definido por la onerosidad de la cautela pretendida, sin que exista objeción alguna para que se adopten medidas diferentes si son menos gravosas y perjudiciales que las solicitadas. En esta línea, el artículo 354, literal a), establece, como una de las facultades del tribunal, la de «apreciar la necesidad de la medida, pudiendo disponer una menos rigurosa a la solicitada, aunque no esté tipificada o nominada, si la estimare suficiente».

B) Requisitos y contenido de la solicitud

La solicitud se ha de realizar necesariamente por escrito (art. 380 del CPC), siendo improcedente y debiendo rechazarse de plano cualquier posible petición oral de las medidas cautelares. El contenido general de toda petición cautelar se recoge en el artículo 380 del CPC, y viene referido a la precisa determinación de la medida y su alcance, a la alegación y justificación de los presupuestos, y al ofrecimiento de la caución. Pero el Código contempla también, algunos supuestos especiales, sometidos a requisitos o condiciones añadidas. Finalmente, la solicitud habrá de completarse con otros aspectos formales de los previstos en el artículo 424 para la demanda como son, por ejemplo, el tribunal al que se dirige, o los datos identificativos del solicitante y del sujeto afectado por la medida. Además, para algunos supuestos especiales

a) Claridad y precisión en la determinación de la medida y de su alcance

El Código exige que la medida y su alcance se determinen de forma precisa (art. 380.1). Quiere ello decir que, para admitir a trámite la solicitud de tutela cautelar, se requiere que se enuncie e identifique la medida y que se fije su contenido, régimen, duración, etc. Es necesario, por tanto, que se formule una petición de medida concreta y determinada, bien sea eligiendo entre las específicamente previstas o diseñando otra diferente adecuada al caso. Es decir, la concreción de la medida y su alcance puede hacerse de alguno de estos modos:

1) Determinando la medida solicitada de entre las previstas en el artículo 355 y, en su caso, en las leyes a que se remite el último inciso del artículo 356. Será necesario

denominados procesos civiles «inquisitorios» o «no dispositivos», en que los derechos en juego no están sometidos a la autonomía de la voluntad de los particulares, sino a normas de derecho necesario o de *ius cogens*, indisponibles para las partes. Estos últimos son regulados por el Código Procesal Civil en su artículo 14, literal 1.ª (del artículo 14 CPC), relativos a los procesos de incapacitación y prodigalidad, sobre filiación, paternidad y maternidad, los procesos de familia (separación, divorcio, nulidad y adopción) y los de alimentos.

L. Alfredo de Diego Díez

también, según la medida de que se trate, determinar la cantidad de dinero que ha de garantizar el embargo preventivo; identificar el bien o bienes sobre los que ha de recaer el secuestro, la intervención o administración judiciales, o las anotaciones registrales; o, sin ánimo exhaustivo, especificar la actuación respecto de la que se pide su cese o su continuidad.

2) Configurando una medida cautelar no tipificada, es decir, de las llamadas innominadas, que responda a las características del artículo 356, precisando igualmente el régimen que ha de estar sometida.

3) Nada impide al solicitante especificar una o varias medidas, acumulativa o subsidiariamente, a fin de que el órgano judicial pueda decidir la que considere menos onerosa para el afectado y, al mismo tiempo, adecuada y suficiente para garantizar los intereses de actor.

Se establece así, mediante la precisión de la medida y su alcance, el término comparativo para fijar la congruencia judicial, toda vez que el tribunal nunca podrá ordenar medidas cautelares más gravosas que las solicitadas (art. 357 del CPC). Además, ello es indispensable para que el demandado pueda oponerse a la medida sin padecer indefensión. Una solicitud de medidas cautelares que adolezca de inconcreción (como, por ejemplo, la que pide que el juez adopte las que considere procedentes a la vista de fundamentos que se alegan), debería ser inadmitida por defecto legal, consistente en falta de claridad y precisión en la determinación de la petición (causa análoga a la prevista en el art. 426.2 para declarar inadmisibile la demanda).

b) Justificación cumplida de los presupuestos

El artículo 380.1 del CPC señala que debe justificarse cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción (*iustus boni iuris y periculum in mora*). También el artículo 351.3 establece que el solicitante debe justificar adecuadamente estos dos presupuestos, y obliga a que la justificación conste en la solicitud, aunque esa constancia puede ser sólo sumaria, en el sentido de breve (lo que doctrinalmente se conoce como el «principio de prueba», por lo tanto no una prueba plena) dado que se trata de posibilitar al juez la toma de una decisión que no prejuzga la definitiva sobre el fondo. Por ello, se trata de ofrecer elementos suficientes para convencer al juez en este momento, teniendo en cuenta que basta un convencimiento provisional y adecuado al momento.

Una cumplida justificación de los presupuestos requiere no solo exponer y argumentar la concurrencia de los mismos (justificación alegatoria), sino también acompañar o proponer su sustento probatorio (justificación probatoria).

1) Justificación alegatoria. No bastará la criticable práctica de aludir genéricamente a los mismos en forma enunciativa, sin delimitar argumentativamente su concurrencia en el caso.

En efecto, la apariencia de buen derecho requiere exponer la situación jurídica que conforma la pretensión principal y argumentar sobre su probable fundamento. Ello solo será

necesario en caso de pedir la tutela cautelar ante litem, esto es, antes de presentar la demanda. Si ésta ya ha sido formulada, bastará una remisión a la misma. Por su parte, el peligro de frustración por demora requiere la exposición de los hechos y circunstancias que mediante una explicación lógica y racional determinan ese peligro; no basta, pues, con afirmarlo de manera inconcreta (diciendo, por ejemplo, que el solicitante tiene motivos racionales para creer que el deudor ocultará o malbaratará sus bienes en perjuicio de sus acreedores), pues en ese caso, la necesaria alegación y argumentación sobre el peligro por mora procesal se sustituiría por la apreciación subjetiva e inmotivada del actor. Como consecuencia inmediata de esta irregularidad, el afectado se vería impedido de defenderse adecuadamente, el juez no podría determinar la existencia de este presupuesto y se obstaculizaría la prueba en la audiencia previa a la resolución (art. 384) o en la audiencia para decidir sobre la oposición (art. 392), al faltar afirmaciones fácticas a las que referirla⁽⁴⁴⁾.

2) *Justificación probatoria.* Además de la carga alegatoria, para el demandante es preceptivo acompañar con la solicitud una justificación sumaria de los presupuestos, en la forma que sea más adecuada y pertinente (art. 351.3). Normalmente la justificación será documental, pero cabe también que el solicitante proponga en su escrito otros medios de prueba para acreditar los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares (art. 380.2). Presentada la solicitud, precluye para el actor la posibilidad de proponer prueba. Obsérvese que el artículo 380.2 del CPC no faculta al demandante para que decida libremente si con su solicitud aporta los documentos y propone otras pruebas, o lo hace en otro momento posterior (como la comparecencia del artículo 384.2), sino que le ordena hacerlo precisamente con la solicitud y no después. Los términos utilizados por el artículo 380.2 son claramente imperativos al respecto: con la solicitud se acompañarán los documentos que la funden y en ella se propondrán los demás medios de prueba. Esta regla tiene su razón de ser en el derecho de defensa del demandado, que debe conocer antes de la comparecencia los medios de prueba de que intente valerse su adversario para poder refutarlos⁽⁴⁵⁾.

Es verdad, como señala acertadamente LARROSA AMANTE⁽⁴⁶⁾, que en el derecho hondureño falta una norma expresa que prohíba, como ocurre en el artículo 732.2.III de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, proponer prueba por parte del solicitante con posterioridad a la solicitud de las medidas. Pero no estoy de acuerdo con la conclusión que de ello infiere, pues entiende que «el solicitante podrá proponer la prueba que considere oportuna en el acto de la audiencia que debe de celebrarse por imperativo del artículo 384.2 del CPC, en el que se señala que las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba consideren necesarios», aunque seguidamente excluye la documental: «lo que no es posible es aportar documentos diferentes en la audiencia, pues en este caso el artículo

⁽⁴⁴⁾ S. AGUILAR CANOSA, «Necesidad de determinar los hechos en que pueda basarse la presunción de malbaratamiento u ocultación al solicitar el embargo preventivo», en *Revista General de Derecho*, 1959, págs. 519-525.

⁽⁴⁵⁾ En el mismo sentido Pablo MOSCOSO TORRES, «Medidas cautelares», en *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, vol. II, varios autores (coordinados por Jesús Marina Martínez-Pardo y Daniel Loscertales Fuertes), Sepin, Madrid, 2000, pág. 1469.

⁽⁴⁶⁾ Miguel Ángel LARROSA AMANTE, en el módulo instruccional titulado *De las medidas cautelares en el Código Procesal Civil*, impartido en Tegucigalpa, MDC, del 16 al 20 de octubre de 2006, dentro del «Curso para Formación de Formadores de la Escuela Judicial», inédito, pág. 61.

380.2 del CPC sí es claro e imperativo al imponer al solicitante de la medida la obligación de aportar los documentos que funden la solicitud y la acreditación de los presupuestos procesales de las medidas solicitadas». Y, finalmente, justifica esta excepción porque «no es aceptable la reserva de dichos documentos fundamentales para su aportación en la audiencia, pues ello vulneraría el derecho de defensa del demandado, que debe conocer antes de la audiencia las bases de la petición contraria, al objeto de poder proponer los medios de prueba correspondientes. Por tanto la facultad de pedir otros medios de prueba para el solicitante de la medida deberá entenderse limitada a otros medios de prueba diferentes de las documental [...]».

En mi opinión, la falta de prohibición expresa queda suficientemente compensada con la fórmula imperativa utilizada en el artículo 380.2 del CPC, donde, como ya he resaltado, se ordena al solicitante que aporte los documentos y proponga los medios de prueba de que intente valerse, precisamente en el escrito de solicitud. Tan claro e imperativo es el artículo 380.2 en relación con los documentos como respecto de la proposición de los otros medios de prueba. No veo razón alguna, en los términos de este precepto, para afirmar que solo se describe como imperativa la conducta consistente en acompañar con la solicitud los documentos que la funden, cuando, inmediatamente indica que «en ella» (en la misma solicitud) «se propondrán otros medios de prueba» para acreditar los presupuestos de las medidas. Además, tan vulnerante del derecho de defensa del demandado es desconocer antes de la audiencia la prueba documental como los demás medios de prueba de los que quiera valerse el solicitante.

Por lo demás, cuando el artículo 384.2 del CPC dispone que, en la audiencia sobre las medidas, las partes «podrán servirse de cuantos medios de prueba consideren convenientes», no está reconociendo que el solicitante pueda proponer prueba en esa audiencia⁽⁴⁷⁾. Lo que estos términos significan es, sencillamente, que el legislador no ha limitado los medios de prueba; cualquiera de los previstos en el artículo 251 —y no solo las pruebas documentales— son, en principio, admisibles siempre que sean pertinentes, procedente y útiles (art. 236). Debe tenerse presente que el citado artículo 384.2 no habla de «proposición de prueba» sino de «servirse de cuantos medios de prueba», y esta referencia ha de ponerse en relación con la actuación previa de cada una de las partes: el solicitante pudo y debió proponer prueba en el escrito de solicitud, mientras que para el demandado, esta audiencia es el primer momento en que puede proponer los medios de prueba que considere oportunos, tanto documentales como de otro tipo. Por consiguiente, del solicitante de las medidas no debe admitirse una sorpresiva proposición de prueba en este momento; de lo contrario se vaciaría de contenido el mandato imperativo del artículo 380.2.

⁽⁴⁷⁾ Resulta que la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, tras haber sentado categóricamente que «para el actor precluirá la posibilidad de proponer prueba con la solicitud de medidas cautelares» (art. 732.2.III), dispone que en la vista para la audiencia de las partes, éstas podrán exponer lo que convenga a su derecho «sirviéndose de cuantas pruebas dispongan», que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares (art. 734.2). Obsérvese que también la Ley Procesal Civil española, de innegable influencia e inspiración en la redacción del texto hondureño, alude, en el trámite de audiencia sobre las medidas, a que las partes puedan «servirse» de cuantas pruebas dispongan, y no por ello se ha puesto en duda que para el actor precluyó la posibilidad de proponer pruebas con su solicitud de medidas cautelares.

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

Finalmente, cabe preguntarse si el acompañamiento documental exigido por el artículo 380.2 del CPC admite alguna excepción. No veo inconveniente para aplicar aquí análogamente lo dispuesto en el artículo 287 del CPC sobre las excepciones a la regla de acompañamiento documental con la demanda y contestación, cuando concurren las circunstancias previstas para ello.

c) Ofrecimiento de prestar una concreta caución

Los artículos 380.3 y 386 del CPC disponen que el solicitante deberá ofrecer caución para la adopción de la medida, especificando el tipo de la misma y la cuantía que propone. Esto permite que el afectado por la medida pueda ejercitar eficazmente la contradicción frente al ofrecimiento de la caución (art. 384.2) o frente a su fijación inaudita parte (art. 390), y que el tribunal pueda resolver sobre este presupuesto de ejecución de la medida con conocimiento de causa (arts. 385.2 y 387.2).

La única excepción viene determinada por los casos en los que no debe prestarse caución, por existir una exención legal o por decisión judicial (los previstos en los arts. 388 y 575 del CPC), siendo entonces una carga del solicitante de la medida justificar los motivos de exención que alegue.

d) Supuestos especiales

Cautelas sin audiencia de la contraparte. Las medidas cautelares se adoptarán, por regla general, con audiencia de la parte contra quien se soliciten (art. 383.1). Ahora bien, como excepción el tribunal podrá acordarlas sin audiencia (inaudita parte), a petición del solicitante, siempre que acredite que hay razones de urgencia o que la audiencia puede comprometer el éxito de la medida cautelar (art. 383.2).

5. MOMENTO PARA INSTAR LA PETICIÓN DE MEDIDAS

A) Medidas cautelares previas a la demanda

a) Ámbito

En el marco de las medidas cautelares anteriores a la presentación de la demanda podrán solicitarse cualesquiera de las comprendidas en el listado del artículo 355 del CPC, así como cualesquiera otras que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria, al amparo del artículo 356 del CPC.

Como excepción al principio general anteriormente expuesto, existen cautelas que por su naturaleza no pueden ser solicitadas ex ante, como ocurre con las anotaciones preventivas de demanda ya que la admisión de la demanda constituye un requisito esencial para que pueda acordarse la cautela. Tampoco pueden ser admitidas otras que por expresa disposición legal deban necesariamente instarse con la presentación de demanda o con posterioridad a la misma (p. ej., las medidas cautelares en apoyo de un proceso arbitral nacional, o las solicitadas para procesos arbitrales o judiciales extranjeros: art. 381.2).

L. Alfredo de Diego Díez

b) Requisitos

Los requisitos para la adopción de la cautela previa serán los generales para la admisión de la concreta medida que se inste y que se desarrollan en el artículo 351 CPC. Es decir, la apariencia de buen derecho, peligro en la mora procesal y prestación de caución, cuando no haya sido expresamente excluida.

Cobra aquí especial relevancia la justificación de las razones de urgencia que concurren para la inmediata adopción de la medida (peligro en la mora procesal). La singularidad de estas medidas «provisionalísimas», pedidas con antelación a la demanda y a la incoación del proceso del que son instrumentales, exige que el solicitante alegue y justifique la urgencia del caso; es decir, las razones por las que la adopción de la medida no pueda demorarse hasta la presentación de la demanda. Habrá de justificar, por tanto, que, de no adoptarse inmediatamente la medida, el peligro de lesión o frustración de su derecho es inminente y actual.

c) Procedimiento

No se contempla norma especial alguna para la sustanciación y desarrollo del procedimiento que ha de seguirse en la adopción de las cautelas previas. Por ello las solicitudes que se deduzcan deberán ser sustanciadas conforme las reglas generales.

d) Vigencia y alzamiento de estas medidas

a) Vigencia. Las medidas acordadas quedarán sin efecto si la demanda principal no se presentare ante el mismo tribunal en los diez días siguientes a ser cumplidas (art. 352 del CPC). En consecuencia, para mantener «vivas» las medidas más allá de esos diez días, el solicitante tiene la carga de presentar la demanda. El cómputo del plazo se inicia el día del cumplimiento de la medida, como señala el artículo 352 del CPC, y finaliza el día de la presentación de la demanda. Se trata de un plazo procesal. Al computarse por días, el cálculo se efectúa con exclusión de días inhábiles (art. 124.3 del CPC) y si concluyera en domingo u otro día inhábil se entenderá prorrogado hasta el siguiente hábil (art. 124.5 del CPC). El plazo de diez días es perentorio y preclusivo, esto es, no puede prorrogarse, ampliarse, suspenderse o interrumpirse, conforme se deriva de los artículos 124 y 126 del CPC.

Aunque el plazo preclusivo de vigencia de las medidas se fija en atención al día de presentación de la demanda, la ratificación de las medidas se produce *ex lege*, sin necesidad de especial declaración, con la admisión a trámite de la demanda (si esta se inadmitiera – art. 426 del CPC –, las medidas adoptadas perderían automáticamente su vigencia). Por tanto, no es preciso que el actor inste su ratificación en la demanda, ni se requiere que el tribunal las revalide con la admisión de la demanda.

b) Alzamiento. Finalizado el plazo preclusivo de diez días sin que se hubiere interpuesto la demanda, la medida adoptada queda *ex lege* sin efecto yalzada («caducarán de pleno derecho», señala el artículo 352). Por consiguiente, el tribunal ordenará, de

oficio, que se glcen las cautelas acordadas, dejando sin efecto las mismas y todos aquellos actos de cumplimiento de las medidas que se hubieran ejecutado.

El tribunal, aunque nada dispone el texto procesal, adoptará esta decisión mediante auto motivado [art. 193.2.b) del CPC] por mor del principio de impulso de oficio de las actuaciones judiciales (art. 12.4 del CPC), sin necesidad de expresa petición de la parte demandada. Aun cuando no es necesario que lo inste el deudor, no habría inconveniente para que, ante el olvido o demora del tribunal, pudiera solicitarlo. En cualquier caso, desde el mismo momento en que transcurra el plazo, aunque no se haya declarado formalmente su alzamiento, se producirá una pérdida automática de los efectos de las cautelas adoptadas, en atención a su vigencia temporal.

La caducidad de la medida, y su consiguiente alzamiento, conlleva anudadas otras consecuencias indemnizatorias o resarcitorias, a cargo del solicitante que se mostró pasivo a la hora de formular la correspondiente demanda. Aquel será condenado:

a) Al pago de todos los gastos del proceso (los ya generados para la adopción de las cautelas y los que se generen para su alzamiento). Debe tenerse presente que el concepto de 'gastos' es más amplio que el de 'costas'. Todas las partidas que integran las costas (art. 218.2) son gastos del proceso, pero no todos los gastos del proceso están contenidos en las costas.

b) Al pago de los daños y perjuicios causados al afectado por la medida cautelar. Toda vez que los diez días de plazo para interponer la demanda se iniciaron a partir del cumplimiento de la medida, no es aventurado pensar que al finalizar dicho plazo puedan haberse generado unos daños y perjuicios al demandado, de los que deberá responder el solicitante.

La caución prestada quedará afecta a dichos pagos (art. 386.1 del CPC).

B) Medidas cautelares coetáneas a la demanda

a) Solicitud de medidas cautelares

De ordinario, las medidas cautelares se solicitarán con la demanda principal, acreditando la concurrencia de los presupuestos para su adopción. A la demanda se acompañarán los documentos que justifiquen la adopción de la cautela pedida y, en su caso, se pedirá la práctica de los medios de prueba que conduzcan a fundar la pretensión, en el marco de la cognitio sumaria que debe presidir la adopción de las medidas cautelares.

La petición de cautelas en la demanda se formulará necesariamente en forma escrita; bien por otrosí, o bien de modo independiente. Es una exigencia prevista en el artículo 380.1 del CPC que excluye la posibilidad de solicitud de forma oral. Asimismo, debe tenerse presente que el artículo 350.1 del CPC posibilita que el demandado reconvenido solicite medidas cautelares, lo que implica que también puede instarse su adopción con la reconvencción. Sin embargo, la posición procesal del demandado

L. Alfredo de Diego Díez

inconveniente impide que pueda instar medidas cautelares previas a la reconvencción.

1) Admisión de la petición cautelar

Presentada la solicitud de las medidas, si procede su admisión a trámite, se acordará por providencia, prosiguiéndose su tramitación en pieza separada (art. 383. I del CPC). La formación de esta pieza separada está plenamente justificada por razones de claridad y racionalidad en la tramitación. En efecto, la posibilidad de interposición de recursos independientes, el señalamiento y desarrollo de vistas distintas de las del proceso principal (la audiencia para resolver sobre la cautela o la oposición posterior si se acuerda sin previa audiencia), la tramitación de incidentes posteriores para la modificación o alzamiento de las cautelas, hacen necesario y preciso una documentación distinta y separada de la del proceso principal.

Es preciso plantearse cuál ha de ser la resolución a dictar cuando se presenten solicitudes que no reúnan los requisitos exigidos. Una solución consistiría en la inadmisión a limine de la petición cautelar. Ahora bien, no disponiéndose expresamente en la ley, no parece que pueda acogerse esta drástica solución sin más y de forma automática. Habrá que tener en cuenta la posibilidad de subsanación de defectos procesales (art. 20 del CPC) y por ello habrá que atender al presupuesto cuya falta es apreciada por el tribunal, pues no todos ellos afectarán a la admisibilidad de la solicitud de medidas cautelares. En tal sentido es preciso distinguir:

a) Solicitud oral. Debe proceder el inmediato rechazo de la misma, sin perjuicio de que la parte pueda reiterar posteriormente por escrito la misma solicitud que se desestima.

b) Falta de determinación de la medida que se pretende. En este caso deberá de darse al solicitante la posibilidad de subsanar este defecto, concediéndole un plazo perentorio para que concrete qué medida solicita, a los efectos de poder apreciar la necesaria relación instrumental con el proceso principal. Si no se subsana procede la inadmisión de la pretensión cautelar.

c) Falta de justificación de los presupuestos para su estimación. No es causa de inadmisión de la solicitud, pues dicha falta afecta necesariamente al fondo del asunto debatido, es decir, a la concurrencia de los requisitos necesarios para estimar la medida. Por ello, el único efecto es la preclusión de la posibilidad de llevar a cabo dicha justificación, lo que sin duda tendrá influencia en la capacidad de proposición de prueba en la vista a celebrar.

d) Falta de aportación de documentos o proposición de medios de prueba. Al igual que en el caso anterior, en este supuesto no se produce otro efecto que la preclusión de la aportación de tales documentos o de otros medios de prueba de los que se pretenda valer la parte solicitante, no afectando a la admisión de la solicitud.

e) Falta de ofrecimiento de caución. Esta sí es una exigencia que necesariamente debe de incorporarse a la petición. No obstante, su omisión puede ser subsanada de

oficio por el tribunal requiriendo para que se lleve a cabo tal ofrecimiento y solo en caso de no ser subsanado se convierte en motivo de inadmisión de la solicitud (art. 450 del CPC).

f) Falta de justificación de la exención de prestar caución. Es un requisito subsanable previamente a la admisión a trámite de la petición que sigue el mismo régimen señalado para la falta de ofrecimiento de caución.

C) Medidas cautelares posteriores a la demanda y en fase de recursos

Las medidas cautelares se pueden pedir y adoptar «en cualquier estado del proceso» (art. 352), lo cual comprende el momento anterior a la presentación de la demanda o la fase de recursos. Algunos ordenamientos, como el español, exigen que, en esos casos, se acredite la concurrencia de hechos y circunstancias sobrevenidas o ignoradas por el solicitante al momento de presentación de la demanda (art. 730.4 de la LEC)⁽⁴⁸⁾. La solución adoptada por el Código Procesal Civil es más acertada y justa al no exigir nuevos hechos para poder adoptar medidas no solicitadas con la demanda. La falta de petición de cautelas con la demanda o reconvencción puede deberse a motivos que nada tienen que ver con la mera conveniencia sino, por ejemplo, con la razonable convicción de que no eran necesarias, o por no poder hacer frente en aquel momento a una caución de la que no disponía y que iba a incrementar los gastos del proceso.

Lo que sí ha de evitarse es la utilización oportunista de la tutela cautelar; es decir, cuando se solicitan como medida de presión, ajena a su finalidad instrumental. En tales casos la petición de medidas encubrirá un abuso de derecho o un fraude de ley que los órganos jurisdiccionales no deben amparar. En resumidas cuentas, el juez, a la hora de examinar la concurrencia de las exigencias y presupuestos legales para la estimación de la medida cautelar, estará obligado a ponderar en estos casos la finalidad pretendida por el solicitante de las medidas tardías. Con todo, ha de dejarse bien claro que la petición de medidas en este momento sigue el mismo régimen de fondo y procesal que las medidas cautelares solicitadas antes o junto con la demanda, sin especialidad alguna.

La medida cautelar puede también solicitarse cuando la sentencia esté pendiente de recurso de apelación o casación, siendo entonces competente para su adopción el tribunal que se encuentre conociendo del recurso (art. 381.1 del CPC). En este momento, si la sentencia ha sido estimatoria, parece poco útil la petición de cautelas pues, aunque puedan solicitarse exentas de caución (art. 388.4 del CPC), será más beneficioso para el acreedor pedir la ejecución provisional de la sentencia, para cuyo despacho no se precisa, por regla general, prestar fianza (art. 773.1 del CPC). Por ello, en fase de recursos, solo tiene sentido la petición de cautelas cuando no se hubieran adoptado medidas con anterioridad y la sentencia hubiera sido desestimatoria; aunque en estos casos se habrá

⁽⁴⁸⁾ Dicho de otro modo, el legislador español considera que si las medidas no se pidieron con la demanda es que el actor no las consideró ni necesarias ni precisas para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la sentencia que recaiga. Por ello, una vez interpuesta la demanda, solo admite la petición de medidas cuando cambien las circunstancias, cuando nuevos hechos o datos justifiquen la solicitud precisamente en este momento y no antes.

L. Alfredo de Diego Díez

producido una evidente «degradación» de la apariencia de buen derecho del actor, precisamente como consecuencia de la sentencia desestimatoria de instancia, que dificultará la estimación de su pretensión de tutela cautelar. Igualmente es preciso recordar de nuevo que el régimen procesal será el mismo, pero todas las actuaciones procesales se llevarán a cabo ante el tribunal que esté conociendo del recurso en cuya fase de presenta la solicitud.

6. TRAMITACIÓN

La adopción de cualquier medida cautelar entraña una restricción coactiva de derechos e intereses legítimos del afectado. En consecuencia, debe regir en su plenitud el derecho fundamental de defensa (art. 82 de la CRH) y el inherente derecho a ser oído (art. 94.II de la CRH) antes de que el órgano judicial dicte la oportuna resolución. Pero, el conocimiento previo de la pretensión cautelar puede dar lugar a actuaciones inmediatas y fraudulentas por parte del futuro afectado, tendentes a impedir la eficacia de las medidas cautelares pretendidas. Puede producirse así una tensión entre dos derechos (el de defensa del demandado y el del actor a la tutela cautelar) del mismo rango (ambos son una manifestación del derecho al debido proceso: art. 3 del CPC) que es necesario conciliar. Para ello, en determinados casos, cuando la audiencia de una de las partes sea contraria a la propia finalidad del acto, puede excluirse mediante norma legal expresa la contradicción previa (art. 4, in fine, del CPC).

Y, por eso precisamente, el Código contempla dos tipos de tramitación para las medidas cautelares: con audiencia previa y con audiencia diferida. Como regla general, se adoptarán previa audiencia de la parte contra quien se soliciten (art. 383.1). A tal fin, el procedimiento se sustancia con la celebración de una vista en la que las partes formularán las pertinentes alegaciones y prueba (art. 384). Excepcionalmente, el artículo 383.2 permite que, a instancia del solicitante y concurriendo determinadas circunstancias, las medidas se acuerden sin oír a la contraparte, aunque establece un procedimiento de oposición que garantiza, con posterioridad a su adopción, la audiencia bilateral.

A) Adopción de medidas sin audiencia previa (contradicción diferida)

El artículo 383.2 del CPC prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares en los siguientes términos: «cuando el solicitante pida que se adopten sin la audiencia de la parte contraria, acreditando que hay razones de urgencia o que la audiencia puede comprometer el éxito de la medida cautelar, el tribunal la adoptará dentro del plazo de tres días desde la admisión de la solicitud, razonando por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida y las razones que han aconsejado acordarla sin oír a la contraparte. Contra el auto que se dicte no cabrá recurso alguno sin perjuicio de que se ejercite el derecho de oposición a la medida acordada».

Sobre la contradicción diferida se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español, no considerándola contraria al derecho de defensa, en cuanto se justifica por la necesidad de garantizar la efectividad de la tutela cautelar. La STC 218/1994 afirmó que, «desde la perspectiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la defensa, el hecho de haber sido oídas con posterioridad impide considerar que se haya producido

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

una verdadera indefensión material». Y, la STC 14/1992, nos dice:

El embargo preventivo es decretado inaudita parte *debitoris*, pero ello no puede merecer reparo de inconstitucionalidad, pues en sí misma considerada la orden de embargo no es más que una medida cautelar, cuya emisión no requiere una plena certeza del derecho provisionalmente protegido, ni es forzoso tampoco que se oiga con antelación a quien la sufre (ATC 186/1983). Es más, la audiencia previa del afectado podría perjudicar en muchos supuestos la efectividad de la medida cautelar, y siempre la retrasaría en detrimento de su eficacia, lo cual podría llegar a menoscabar el derecho a tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la Constitución, pues la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso.

En suma, se entenderá que no hay indefensión si justificadas suficientemente las razones para adoptar las medidas sin previa audiencia, tiene lugar con posterioridad el inexcusable «juicio de convalidación».

a) Presupuestos

La adopción de medidas cautelares sin audiencia previa de la contraparte exige que el solicitante formule una petición expresa en tal sentido y que acredite alguno de los siguientes extremos: (a) que hay razones de urgencia o (b) que la audiencia puede comprometer el éxito de la medida cautelar. Dos son, por tanto, los supuestos contemplados en la norma que habilitan la adopción de cautelas, sin oír al afectado:

a) *La urgencia*. Esta vendrá motivada por la necesidad imperiosa de proteger determinados derechos, en aquellos supuestos en los que de no procederse a su inmediato amparo se podría producir una insatisfacción definitiva, aunque luego se otorgara la tutela en la sentencia estimatoria (p. ej., violación del derecho de imagen en que existe un temor racional de su publicación inminente). Otros derechos que pueden requerir la protección urgente son aquellos que tienen naturaleza mixta personal-patrimonial, como los derivados de la propiedad intelectual o de una publicidad ilícita, competencia desleal, etc., en la que solo una rápida actuación puede abortar una situación irreparable.

b) *La pérdida de efectividad de la medida*. Junto a la urgencia, también cabe motivar la adopción de la cautela inaudita parte cuando la tramitación ordinaria del proceso cautelar (con audiencia) pueda comprometer el éxito de la medida. Este criterio es más genérico que el de la urgencia. Se trata de evitar que el conocimiento de la petición de medidas por parte del afectado sea el desencadenante de maniobras tendentes a lograr su ineffectividad. Por ello, el factor sorpresa es decisivo en su adopción, como garantía de protección al solicitante.

En general, la adopción de cautelas inaudita parte estará justificada cuando exista un riesgo inmediato e inminente de desaparición o malbaratamiento de bienes del deudor con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones. Ha de tenerse presente que las nuevas tecnologías propician el dinamismo y el riesgo comercial, generando situaciones en las que será adoptar cautelas sin previa audiencia (por ejemplo, para evitar una venta masiva de productos a través de Internet).

L. Alfredo de Diego Díez

En estos casos el solicitante tiene la carga procesal de acreditar, además de los presupuestos de la medida, las circunstancias que avalan su adopción sin audiencia previa. Así pues, a los hechos determinantes del peligro por mora procesal habrán de añadirse las circunstancias complementarias que habiliten para proceder sin previa audiencia. En consecuencia, no bastará una prueba suficiente sobre el *periculum in mora*, puesto que el Código exige unas razones concretas para proceder sin previa audiencia y que se motive por separado sobre la concurrencia de los presupuestos de la medida y sobre la procedencia de adoptarla sin oír a la contraparte (art. 383.2).

Pero, a estos efectos, tampoco basta alegar genéricamente la urgencia de la tutela cautelar, ni siquiera es suficiente exponer específicamente las circunstancias que permiten excluir la audiencia previa; es preciso acreditarlas. En definitiva, el solicitante tiene la carga procesal de probar los hechos concretos que sirven de base para inferir la urgencia o la pérdida de efectividad de la medida. Para las cautelas adoptadas inaudita parte no prevé el Código un período de actividad probatoria previa a la resolución, por lo que la prueba o acreditación habrá de acompañarse necesariamente con la solicitud. Esta acreditación se llevará a cabo mediante documentos, dictámenes periciales, informes de investigadores privados, e instrumentos técnicos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, aportados con el escrito de solicitud de las medidas.

Pueden plantearse problemas en el caso de que no exista acreditación documental o principio de prueba por escrito sobre alguno de los presupuestos de la medida (art. 380.1). La justificación de los presupuestos (art. 351) es exigible con la misma intensidad, independientemente de que las medidas cautelares se soliciten con o sin contradicción previa de la contraparte. Lo que sucede es que su justificación no siempre tiene que ser documental, ya que el artículo 380.2 autoriza a proponer en la solicitud otros medios de prueba distintos para acreditar los presupuestos, que se practicarán en la audiencia del artículo 384.2. Pero, en la tramitación sin contradicción previa falta una audiencia donde practicar otras pruebas, de manera que si la parte solicitante no puede justificar debidamente por medio de prueba documental los presupuestos procesales de la medida cautelar, no deberá solicitar la adopción de la medida sin audiencia de parte, ni el tribunal deberá adoptar esta forma de resolución. Lo procedente sería rechazar la tramitación de la medida por este cauce y darle el trámite ordinario con audiencia de la parte.

b) Trámite procesal

Antes de admitir a trámite la solicitud, el juez debe examinar si concurren las razones de urgencia o de peligro en el éxito de la medida, que justifican su adopción sin audiencia de la parte contraria. Si no las aprecia, no por ello desestimaré la pretensión cautelar solicitada. Hay que tener presente que las razones previstas en el artículo 383.2 condicionan una determinada tramitación procesal (sin contradicción previa), pero no son presupuesto para la adopción de las medidas. En consecuencia, es posible que concurren los presupuestos para la adopción de la medida, pero no la urgencia con la que se solicita. Por ello, si no se dan los requisitos para tramitar la solicitud de medidas sin contradicción previa, lo procedente es denegar el trámite elegido por el actor y dar curso a su petición

por el trámite ordinario (arts. 383.1, 384, 385); en suma: la solicitud se admitirá, se rechazará su tramitación sin audiencia previa y se convocará a las partes a la audiencia que señala el artículo 384.

Presentada la solicitud de medidas y acreditada alguna de las circunstancias que permiten excluir la audiencia previa el tribunal dictará, sin más trámites, la correspondiente resolución en el plazo de tres días. Es decir, se pasará directamente a dictar el auto resolutorio de la pretensión cautelar sin llevar a cabo más actuaciones de parte para la instrucción del asunto (ni actos alegatorios ni actos de prueba).

c) Resolución

El contenido de la resolución ha de completarse conjugando lo previsto en los artículos 383.2 y 385.2 del CPC.

1. El artículo 383.2 del CPC establece en términos imperativos que, cuando el solicitante pida la medida cautelar sin audiencia de la parte contraria y acredite que hay razones de urgencia o que la audiencia puede comprometer el éxito de la medida cautelar, «el tribunal la adoptará» dentro del plazo de tres días.

Una lectura precipitada y acrítica podría llevar a pensar que el tribunal viene vinculado a adoptar la medida, si el solicitante acredita las razones que justifican la exclusión de la audiencia previa. Nada más lejos de la realidad. El tribunal no queda en modo alguno vinculado por la petición, ni en lo que respecta al trámite elegido por el solicitante ni en lo atinente a la adopción de la medida. Puede y debe, como ya dijimos, decidir libremente si concurre o no alguna de las circunstancias que justificarían su adopción sin audiencia, acordando, en su caso, no dar curso a la solicitud por este trámite; y, por supuesto, solo deberá adoptar las medidas si se cumplen los presupuestos para ello (*fumus boni iuris y periculum in mora*). El artículo 383.2 del CPC tiene una redacción que induce a confusión, al utilizar términos imperativos «el tribunal la adoptará [en vez de «la podrá adoptar»] dentro del plazo de tres días desde la admisión de la solicitud». Sin embargo, el uso del imperativo ha de entenderse referido al plazo en el que se debe dictar la resolución, y no a que necesariamente debe acordarse inaudita parte por la simple petición del solicitante.

2. El artículo 383.2 añade, en relación con la motivación, que el tribunal razonará «por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida y las razones que han aconsejado acordarla sin oír a la contraparte».

Así pues, si se acepta la urgencia pretendida por el solicitante, la adopción de las medidas cautelares *inaudita parte* precisará una expresa y especial motivación en forma de auto. El Código obliga al tribunal a fundamentar separadamente los presupuestos de la medida (lo que es común a todas las resoluciones de medidas cautelares) y, especialmente en estos casos, a justificar los motivos que permiten prescindir de la previa audiencia de la contraparte.

3. El auto deberá de fijar la correspondiente caución, conforme a lo prevenido

L. Alfredo de Diego Díez

por el artículo 385.2 del CPC. La adopción de medidas con contradicción diferida no exige al solicitante de ofrecer y prestar caución, ni al tribunal de fijar la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse. Con independencia de las cautelas se acuerden con contradicción previa o diferida, la oferta de la caución es siempre un requisito de la solicitud (art. 386.1), su fijación es una exigencia de contenido en la resolución judicial [arts. 354.e) y 385.2] y su prestación es un presupuesto ineludible para la ejecución de la medida, por cuanto no se ordenará ningún acto de cumplimiento de la medida hasta después de que la caución sea prestada (art. 386.2).

4. La decisión sobre si ha de otorgarse o no audiencia y sobre la adopción de las medidas cautelares no resulta susceptible de recurso, sin perjuicio de la oposición del demandado (art. 383.2, último inciso). El régimen aquí aplicable es la excepción. Por regla general, contra al auto que resuelve sobre la solicitud de medidas (ya sea acordándolas o denegándolas) es apelable sin efectos suspensivos (art. 385.3).

d) Oposición del demandado

En el régimen ordinario, la oposición del afectado se posibilita antes de adoptar la medida (contradicción anticipada); concretamente en el acto de la vista a la que deben de ser citadas ambas partes (art. 384). A diferencia de ello, cuando la medida se adopte sin audiencia (inaudita parte), la parte afectada podrá oponerse posteriormente a la adopción de la cautela (contradicción diferida), conforme a lo previsto en los artículos 390 a 392 del Código. Esta posibilidad de oposición restablece el equilibrio entre las partes, momentáneamente roto por razones de urgencia, al haberse adoptado la cautela sin audiencia del deudor. La adecuación constitucional de este régimen de contradicción diferida, la recuerda el ATC 186/1983⁽⁴⁹⁾, en relación con un embargo preventivo:

Es una medida cautelar que se adopta sin previa audiencia del demandado, en evitación de que éste realice una conducta que haga imposible el aseguramiento pretendido, y postergando momentáneamente su capacidad de reacción procesal contradictoria hasta que el embargo se efectúe, en que puede ya formular la oposición, siendo consustancial a la naturaleza preventiva de la traba esa dilación de la audiencia y oposición, sin que suponga una presunción de culpabilidad, ni quebrante la presunción de inocencia, ni quiebre la tutela judicial efectiva, porque en la regulación en la ordenanza procesal civil de dicha medida cautelar se pondera la necesidad de la tutela de la parte demandante, con la compatibilización de la tutela de la parte demandada, estableciendo un razonable equilibrio entre ellas, pues al derecho al embargo de aquélla se contraponen, para que no haya perjuicio indebido de ésta más que en lo necesario, no sólo la indicada oposición a posteriori, sino la prestación de una fianza bastante al solicitante del embargo para responder de los perjuicios y costas [véanse los arts. 385.2, 386.2 del CPC hondureño] y la indemnización de daños y perjuicios si resultara la medida improcedente [véase el art. 393 del CPC hondureño], todo ello, con independencia del resultado del proceso principal, que con la medida asegurativa no se prejuzga en absoluto.

⁽⁴⁹⁾ También el ATC 69/1985 consideró que ni el derecho a la tutela judicial ni el de defensa se ven menoscabados por la adopción de medidas cautelares sin audiencia previa del afectado, siempre que se salvaguardasen a posteriori el principio de contradicción y las posibilidades de defensa.

Por medio de la oposición (en la que se ejercita, en esencia, una pretensión impugnatoria de una resolución judicial)⁽⁵⁰⁾ puede el afectado, aunque sea a posteriori, hacer valer todos sus argumentos; podrá cuestionar entonces no solo la procedencia de la cautela (impugnación por motivos de fondo), sino también la decisión de adoptarla sin audiencia del demandado (impugnación por motivos de forma) si las razones de urgencia alegadas carecían de base o justificación, o si el auto judicial no las motivó suficientemente, siempre que, como consecuencia de ello se hubiere producido una indefensión relevante.

a) *Solicitud: plazo, forma y contenido.* El plazo para la oposición es de tres días desde la notificación del auto que acuerde las medidas cautelares (art. 390.1 del CPC). Se tramitará en la misma pieza separada donde se hayan acordado las cautelas.

Ninguna especialidad del plazo de oposición se ha reglado respecto de las medidas «provisionalísimas», esto es, las previas a la demanda (*ante demandam*) otorgadas sin audiencia. Como sabemos, estas medidas quedan ratificadas, sin necesidad de declaración expresa, si se interpone la demanda dentro de los diez días de cumplidas (art. 352, a *contrario sensu*). ¿Desde cuándo debe entonces computarse el plazo de oposición? Parece obvio que la regla ha de ser siempre la misma, aunque la solución dependerá de las circunstancias del caso. Así, la oposición habrá de presentarse siempre dentro de los tres días siguientes a la notificación o al conocimiento del auto en el que se acuerde la medida cautelar (arts. 124.1 y 390.1). Pero las soluciones pueden ser variadas, en función de cuándo tuvo el afectado conocimiento de dicho auto:

1. Si el afectado tiene conocimiento de la adopción de la medida cautelar provisionalísima antes de que haya caducado y quiere oponerse a ella, no debe esperar a que el actor presente la demanda. Téngase en cuenta que la vigencia de las medidas previas se mantiene *ope legis* por el simple hecho de presentar la demanda en el plazo legal, sin necesidad de declaración judicial alguna, de manera que la resolución admitiendo la demanda no precisa ratificar ni mencionar siquiera las medidas. Lo normal es, por tanto, que al admitir la demanda no se efectúe ninguna notificación al demandado sobre las medidas adoptadas con anterioridad.

En consecuencia, el afectado que pretenda oponerse a la medida provisionalísima adoptada sin oírle deberá hacerlo en el plazo de los tres días siguientes a aquel en que adquirió conocimiento de la misma (que pudo llegarle a través de la notificación del auto en cuestión o al proceder a la ejecución de la medida). En tales casos, si finalmente no se presentase la demanda, al cancelarse de oficio las medidas cautelares (por caducidad), quedaría sin contenido la oposición (por pérdida sobrevenida de su objeto) y debería archivar-se sin más trámite por el tribunal.

⁽⁵⁰⁾ José Francisco VALLS GOMBAU, «La unificación del procedimiento cautelar», en ob. cit., pág. 300, escribe: «El procedimiento de oposición no es un recurso. Sin embargo, participa más de la naturaleza de un medio de impugnación que de un procedimiento de oposición; fundamentalmente porque, quien se opone en realidad combate la existencia de los presupuestos que motivaron la adopción de la medida, salvo la posibilidad de ofrecer caución sustitutoria [véase el art. 391.1 del CPC hondureño] que se puede introducir *ex novo* para garantizar la futura efectividad de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse.»

L. Alfredo de Diego Díez

2. Con todo, es posible que al admitir a trámite la demanda, el juez señale que las cautelas adoptadas con anterioridad han quedado ratificadas por imperativo legal (*ex lege*), o indique que las mismas se traigan como pieza separada del proceso principal que ahora se inicia. Ello no puede servir de coartada para oponerse a las medidas si consta que el afectado tuvo con anterioridad noticia de las mismas y se aquietó. Ahora bien, si es este el primer momento en que tiene conocimiento de las medidas acordadas, será a partir de entonces cuando haya que computar el plazo de oposición.

En el supuesto de que la cautela se acuerde frente a varios demandados, el cómputo del plazo de oposición comenzará para cada uno de ellos desde su correspondiente notificación; no será necesario esperar a practicar la última notificación para iniciar el plazo de oposición de todos ellos, sin perjuicio de su acumulación (de las varias oposiciones que puedan presentarse) en la correspondiente pieza separada.

La forma de la oposición debe ser necesariamente escrita, tal como se desprende de las referencias al «escrito de oposición» que se contienen en los artículos 390.2 y 391.1 del Código. El contenido del escrito de oposición es la réplica al de solicitud de la cautela; por eso el artículo 390.2 del CPC señala que el demandado deberá justificar «la improcedencia de la medida». Esto no significa, en absoluto, que los motivos de oposición estén limitados. Cualquier motivo es aceptable, siempre que guarde relación con el objeto de la medida cautelar que se discute, ya sea de índole procesal (legitimación, falta de competencia) o se refiera al fondo de los requisitos y presupuestos de las medidas cautelares. En definitiva el ámbito de la oposición no está limitado al simple cuestionamiento de los presupuestos para la adopción de las medidas; es mucho más amplio y lo mismo puede tener como objeto la supresión completa de la medida acordada, como su sustitución por otra (por ser más idónea y menos onerosa para el demandado opositor) o la variación de algún aspecto de su régimen o contenido. Puede también comprender la impugnación de la fianza exigida al actor (en lo relativo a su procedencia, tipo o cuantía), así como a la improcedencia de que se haya acordado la medida sin audiencia de parte al no concurrir los requisitos de urgencia o peligro y, finalmente, la oposición es el marco procesal adecuado para ofrecer y discutir la procedencia y contenido de la caución sustitutoria de las medidas acordadas (art. 391 y 392.2).

A pesar de lo afirmado, que constituye la regla general, la no limitación de motivos establecida para la oposición, tiene también sus excepciones. Estas pueden derivarse de un elemento temporal y de otro de naturaleza procesal.

1. Hay quien considera que las limitaciones temporales vienen establecidas por el propio entorno derivado del momento en que fueron adoptadas las cautelas. En concreto, VALLS GOMBAU⁽⁵¹⁾ sostiene que «en principio, no deberían poder alegarse circunstancias nuevas o hechos diferentes, acaecidos con posterioridad a la adopción y con anterioridad a la oposición puesto que, por su naturaleza, la oposición sólo se compadece con las alegaciones que desvirtúan las cautelas, al momento en que se adoptaron. Lo contrario

⁽⁵¹⁾ José Francisco VALLS GOMBAU, «La unificación del procedimiento cautelar», en ob. cit., págs. 303-304.

sería admitir el alzamiento de la medida por distintos motivos de los que fueron tenidos en cuenta en el momento en que se acuerdan las medidas». Para estos casos, dice el mentado autor, la vía adecuada sería la del incidente de modificación de medidas.

Es verdad que, una vez adoptadas las medidas, si sobrevinieren hechos nuevos o de nuevo conocimiento, lo procedente sería instar el incidente de modificación de medidas del artículo 394.1 del CPC. Ahora bien, teniendo en cuenta que el incidente de modificación de medidas se sustancia y tramita con arreglo al procedimiento previsto para la oposición (art. 394.2) y, atendiendo al principio de economía procesal (art. 8 del CPC), no veo inconveniente alguno, sino todo lo contrario, en admitir que en una oposición a las medidas se aleguen hechos que podrían dar lugar a un incidente de modificación⁽⁵²⁾. Desde esta perspectiva, impedir que el demandado haga valer en la oposición hechos posteriores a la adopción de la cautela, obligándole a reservarlos para inmediatamente después plantear un incidente de modificación o alzamiento de medidas cautelares, es absurdo.

2. Las otras limitaciones, de naturaleza procesal, vienen determinadas por la imposibilidad de que se solapen argumentos y objetos que han de ser materia de otro procedimiento o ser denunciados mediante la interposición de los oportunos recursos. Por ejemplo, la no pertenencia de los bienes al deudor que, en su caso, podrá ser objeto de la interposición de una tercería de dominio (art. 825.2) o las eventuales infracciones que se produzcan para la ejecución de la medida, que deberán, en su caso, ser denunciadas por la vía de los recursos.

Por lo demás, la carga de la alegación y prueba de los hechos que fundan las cautelas siempre corresponde a quien solicita su adopción, y no al demandado, quien podrá poner de relieve la carencia, insuficiencia o inexistencia de los fundamentos y razones aducidos por el actor, sin que precise probar hecho alguno. Lo contrario supondría sobrecargar a quien formula la oposición con una prueba negativa siempre difícil de suministrar. Por consiguiente, y aplicando la regla del artículo 238 sobre distribución de la carga de la prueba, le corresponde al actor probar los presupuestos para la adopción de las cautelas, mientras que al demandado, justificados dichos requisitos, le corresponde probar los hechos positivos contradictorios con aquellos o los relativos a la prestación de la caución sustitutoria.

En lo relativo a la prueba, el escrito de oposición es el momento preclusivo para proponer la prueba que se practicará, si se estima pertinente, en la audiencia prevista por el artículo 392. Los términos del artículo 390.2 son claramente imperativos: en el escrito de oposición el demandado «deberá» justificar la improcedencia de las medidas «proponiendo las pruebas» de las que pretenda valerse para fundamentar su oposición. Tanto las alegaciones como las pruebas han de plasmarse, con carácter preclusivo, en el escrito de oposición. Con todo podrá aplicarse aquí analógicamente lo dispuesto en el artículo 287 del CPC sobre las excepciones a la regla de acompañamiento documental con la demanda y contestación, cuando concurren las circunstancias previstas para ello.

⁽⁵²⁾ De la misma opinión es José María RIFÀ SOLER, «Requisitos de las medidas cautelares...», en ob. cit., págs. 120-121.

L. Alfredo de Diego Díez

Por último, ha de señalarse que el demandado podrá ofrecer, en el escrito de oposición, caución para garantizar los eventuales perjuicios que pudieran derivarse del levantamiento de la medida y para garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare (art. 391.1). El juez tiene facultad discrecional para decidir motivadamente la forma y cuantía de la caución, atendidas las circunstancias concretas del caso, siendo de aplicación lo establecido sobre el régimen de la caución del solicitante (art. 393.2).

b) Sustanciación. Tras la admisión de la oposición se procede a la convocatoria de una audiencia que se celebrará en el plazo de cinco días contados desde la recepción de la notificación por las partes, con entrega al demandante de copia del escrito de oposición (392.1 del CPC). El tribunal, al admitir a trámite la oposición, deberá pronunciarse sobre la admisión o denegación, en su caso, de las pruebas propuestas por el opositor a la medida (piénsese, por ejemplo, en que solicita la declaración en la audiencia de alguna persona que ha de ser citada judicialmente); resolución que habrá de adoptar la forma de auto, conforme a lo establecido en el artículo 193.2.b) del CPC.

No es necesario que el tribunal se pronuncie ahora sobre la admisión o denegación, en su caso, de las pruebas propuestas en el escrito de oposición, pero si decide hacerlo (por ejemplo, porque para su declaración en la audiencia se le ha pedido la citación de alguna persona), habrá de dictar auto, conforme a lo establecido en el artículo 193.2.b).

Contra las resoluciones dictadas durante la tramitación de la oposición (providencia de admisión, señalamiento de la audiencia, pertinencia de las pruebas), no hay norma expresa alguna sobre el régimen de recursos, por lo que bien puede aplicarse la regla general del artículo 694 del CPC, que establece la reposición como el recurso procedente contra todas las providencias y los autos no definitivos. Ahora bien, personalmente me inclino por entender inaplicable dicho régimen general habida cuenta de que todo lo relativo a la tutela cautelar tiene una tramitación preferente (arts. 384.1 y 519.3) y sumaria (desde la perspectiva de su brevedad); por ello, me parece más coherente sostener que, para evitar dilaciones en la sustanciación de este incidente, no cabe deducir recurso alguno contra aquellas resoluciones, sin perjuicio de que, previa la oportuna protesta, las infracciones producidas en estos trámites puedan hacerse valer en el recurso contra el auto que resuelva las medidas cautelares (por analogía: art. 384.3).

El desarrollo de la vista tiene el mismo contenido de la tramitación de las cautelas con audiencia, que se examinará seguidamente, señalando el artículo 392.2 que serán presentadas por las partes sus respectivas alegaciones, practicándose la prueba que haya sido admitida y quedando sin más trámite los autos para resolver sobre la oposición. La prueba que no pueda ser practicada en el acto, salvo que el juez estime que es relevante y que no pudo practicarse en la vista por razones no imputables a quien tenía la carga de aportarla, será por regla general rechazada por improcedente, so pena de quebrar la sumariedad (entendida como brevedad) del incidente; es, por tanto, conveniente que sean las propias partes quienes traigan a las personas que hayan de declarar en la audiencia (como testigos o como peritos), pues el juez deberá rechazar la práctica de cualquier prueba que suponga una demora injustificada en la resolución del asunto. Contra la

denegación del trámite de prueba o contra la inadmisión de todos o alguno de los medios de prueba propuestos cabe recurrir oralmente en reposición, sustanciándose y resolviéndose en el acto (art. 698); si se desestima el recurso, la parte perjudicada podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en el recurso de apelación contra el auto resolutorio de las medidas (art. 240.2, 384.3 y 699); lo mismo sucederá respecto de cualquier otra infracción que pudiera haberse cometido en la audiencia (arts. 384.3, 698 y 699). Naturalmente, el sentido de las protestas deja de tener eficacia si, llegado el momento, no se plantea la apelación contra la resolución definitiva, porque dichas protestas son meramente instrumentales de esta apelación.

En el supuesto de que no compareciera el opositor a la vista, se le tendrá por desistido y se le impondrán las costas. Si el ausente fuera el demandado (actor-solicitante), continuará la vista con quien hubiere formulado la oposición.

c) Decisión. Celebrada la vista, el tribunal decidirá por auto, inmediatamente (de forma oral: art. 199.2) o en el plazo de tres días, sobre el alzamiento o mantenimiento de la cautela y, en su caso, sobre la caución ofrecida (art. 392.2 del CPC). En la imposición de costas se aplica el criterio del vencimiento objetivo: correrán de cargo de quien hubiera visto desestimadas sus pretensiones. Hay, no obstante, dos excepciones a la condena en costas: cuando se estime parcialmente la oposición y cuando el levantamiento de la medida se acuerde previa prestación de caución. En el primer caso, si el tribunal estima en parte la oposición, acordando el alzamiento de alguna medida y el mantenimiento de otra u otras, no procederá la imposición de costas a ninguna de las partes, puesto que solamente se encuentra prevista para los supuestos de estimación o desestimación total de la oposición. En el segundo caso, si el tribunal acordase el alzamiento de la medida previa prestación de la caución sustitutoria ofrecida por el demandado, el artículo 392.2 expresamente señala que no procederá la imposición de costas del incidente. El contenido de la condena en costas comprenderá exclusivamente las devengadas en el incidente de oposición.

Por lo demás, si el tribunal acordare alzar la cautela sin caución, el demandado tendrá abierta la vía de la ejecución forzosa para reclamar la oportuna indemnización de daños y perjuicios (art. 393). La liquidación de los mismos se hará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 884 y su exacción se acomodará a los trámites de la ejecución dineraria (arts. 799 y concordantes).

La resolución que se dicte acordando el mantenimiento o alzamiento de las cautelas será apelable sin efecto suspensivo, aplicando, ante la falta de previsión expresa, lo dispuesto en el artículo 385.3 del CPC. Por tanto, acordado el mantenimiento de la medida proseguirá su ejecución aunque se formule recurso de apelación. Y si se hubiere acordado el alzamiento, pese a la interposición de recurso, se suspenderá la ejecución de la cautela y se dejarán sin efecto todos los actos que se hubieran desarrollado para lograr su ejecución.

B) Tramitación de las cautelas con audiencia previa

La contradicción previa, para la adopción de las cautelas, es el supuesto más general en sede de tramitación de las medidas cautelares, dada la regla de audiencia del demandado que señala el artículo 383.1 del CPC.

L. Alfredo de Diego Díez

a) Convocatoria de la audiencia

Solicitada y admitida a trámite la petición de cautelas con contradicción previa, se procederá a trasladar la petición al demandado, convocando a las partes a una audiencia dentro del quinto día hábil siguiente a la notificación; audiencia que se desarrollará con carácter preferente sobre el resto de los señalamientos (art. 384.1). Aunque nada se dice sobre el momento de la admisión de las pruebas instadas por el actor, éstas deben acordarse o denegarse en la providencia de señalamiento de la vista.

El señalamiento se realiza por el juez, en los órganos unipersonales, y por el presidente en los tribunales colegiados (art. 171.1). Para este señalamiento se introduce un régimen especial: frente a la regla general que dispone la aplicación de un turno de antigüedad (art. 171.2), la audiencia para la adopción de medidas cautelares tiene carácter preferente por su urgencia, de manera que se convocará, sin necesidad de seguir aquel turno, para su celebración dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación a las partes (art. 384.1).

b) Sustanciación de la audiencia

La vista se desarrolla conforme las reglas generales sobre modo de celebración, dirección de los debates, documentación, suspensión y realización de nuevos señalamientos que se contempla en el Código para todas las actuaciones judiciales orales (arts. 15, 115.2, 152.4, etc.). Pero, deberá obrarse con mayor rigor en la tramitación, teniendo en cuenta las características del proceso cautelar basado en la urgencia, y en la pronta resolución que requiere la petición de medidas cautelares.

Deberá observarse una especial prevención para evitar que la pieza cautelar tarde más en sustanciarse, en ocasiones, que el proceso de declaración. Para ello el tribunal debe impedir por los medios legales que tiene a su disposición los intentos injustificados de dilación, cercenando peticiones de suspensión y limitando la petición de pruebas a las estrictamente necesarias (art. 6.2 del CPC).

Cuando el solicitante no acuda a la vista se le tendrá por desistido y se le impondrán las costas. Para el supuesto de que fuera el demandado quien no asistiera, continuará la vista con el actor. La vista se inicia con una breve exposición de las peticiones de actor (o reconviniente) y demandado (o reconvenido), según los casos. La exposición por el actor debe guardar la debida congruencia con la solicitud realizada. Sus manifestaciones deben referirse a la concurrencia de los presupuestos alegados para la adopción de las cautelas, procurando el órgano judicial que se limite la discusión dentro de la sumariedad propia del enjuiciamiento de las cautelas, con proscripción de divagaciones, evitando de este modo que se transforme la audiencia de medidas cautelares en un auténtico proceso paralelo al principal. Dentro de las alegaciones pertinentes podrán efectuarse las que hagan referencia a la fianza o contracautela, tipo y cuantía.

Seguidamente, se procederá a la práctica de pruebas. Recuérdese que el actor ha de solicitar las pruebas en su escrito inicial y que deberán haber sido admitidas (o

denegadas) en la providencia de señalamiento de la vista, para su práctica en la comparecencia. No obstante, ha de precisarse que la preclusión de la proposición de prueba en el escrito de solicitud rige exclusivamente de cara a la justificación de los presupuestos de la tutela cautelar, lo que implica que podrán ser admitidas otras pruebas pertinentes cuando se trate de desvirtuar los argumentos del demandado, siempre que el actor dispusiera de ellas en aquel momento. En cambio, el demandado, es en el momento de la vista cuando realiza la exposición de hechos y proposición de pruebas, siendo aconsejable que las aporte en el acto, sin otra actuación ulterior, a fin de que se practiquen en la audiencia. Esta solución queda amparada en el 384.2 cuando establece que las partes podrán servirse de cuantos medios de prueba consideren convenientes, siempre que, a la vista de las circunstancias y la sumariedad con que debe celebrarse la audiencia, el juez acuerde su práctica. Ello no significa que la vista nunca deba suspenderse para la práctica de las pruebas que no hubieran podido ser practicadas en la comparecencia, si bien ello ha de merecer una interpretación muy restrictiva en materia cautelar, de manera que solo cuando el juez entienda que se trata de una prueba relevante y que el proponente no tiene responsabilidad alguna en el hecho de que no se hubiera podido practicar en la audiencia.

c) Resolución

Señala el artículo 385 del CPC lo siguiente:

- 1. Terminada la audiencia, el tribunal inmediatamente o dentro del plazo de tres días, decidirá mediante auto sobre la solicitud de medidas cautelares.*
- 2. Si estimare que concurren los presupuestos y requisitos para la adopción de las medidas, accederá a la solicitud, y fijará con toda precisión la medida o medidas cautelares que se acuerdan, precisando su régimen y determinando, en su caso, la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse caución por el solicitante.*
- 3. Contra el auto que resuelva sobre las medidas cautelares cabrá recurso de apelación, sin efecto suspensivo.*
- 4. Las costas se impondrán con arreglo a los criterios generales establecidos en este Código.*
- 5. Si fuere denegada la petición de medidas cautelares, se podrá reproducir la solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición.*

El tribunal accederá a la petición cautelar si considera acreditado el peligro de la mora procesal y la apariencia del buen derecho que resultan ser los presupuestos necesarios para su adopción; por su obviedad, no requería expresa previsión y reseña por el artículo 385.2. En ese caso, tras la conclusión de la vista, y en el plazo de tres días como máximo, decidirá por auto sobre la solicitud de las medidas, conforme las alegaciones y justificaciones aportadas.

En el auto se precisará la medida o medidas cautelares que se acuerden y el régimen a que han de ser sometidas para su ejecución. Igualmente deberá contener, salvo los supuestos de exención (art. 388), la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse la caución. Nótese que en dicha resolución ya quedará delimitado el contenido y tipo de la

L. Alfredo de Diego Díez

fianza, cuya prestación se requiere inexcusablemente para proceder a la ejecución. Por tanto, no será preciso que posteriormente deba resolverse sobre su idoneidad y suficiencia.

La decisión judicial sobre las medidas cautelares solicitadas en la petición inicial ha de ser congruente con las pretensiones deducidas, si bien el órgano judicial ha de tener presente en su resolución la regla del artículo 357 del CPC, de tal modo que siendo igualmente eficaz, ha de decretar aquella cautela que resulte menos gravosa para el demandado. La necesidad (eficacia) de la medida a adoptar se debe anudar con la mínima agresión posible, eligiendo la que menor incidencia—de existir varias posibles y útiles— pueda tener sobre el patrimonio del demandado. Ha de acordarse la medida más adecuada en relación con el derecho controvertido. En este sentido, serían inaplicables para el aseguramiento de obligaciones pecuniarias medidas tales como la orden judicial de cesar en una actividad o de abstenerse de realización de una conducta, por desproporcionadas, mientras que el embargo preventivo sería, por lo general, una medida suficiente para su protección. El juez ha de actuar con la mayor diligencia posible para asegurar una ejecución en plenas condiciones de utilidad y efectividad, sin desconocer, sino tener presente, que el juicio provisional que debe efectuar lo ha de realizar con la necesaria precaución, en prevención de no dañar ni producir un desequilibrio en las partes que no sea necesario y urgente, requerido por las circunstancias del caso y en las mejores condiciones de reparabilidad de los perjuicios que pudieran, en todo caso, irrogarse. Nótese, que la tutela cautelar es una forma excepcional de protección de intereses comprendida dentro de la tutela judicial efectiva, que se dirige a garantizar en forma accesoria, temporal y provisional los derechos en litigio mediante otro proceso que permita mantener el equilibrio inicial de fuerzas entre las partes.

Por otra parte, ha de hacerse notar que son requisitos esenciales en la petición de cautelas los elementos fácticos que conforman la concurrencia de sus presupuestos esenciales relativos a la apariencia del derecho y el peligro de la mora procesal, siendo la medida consecuencia necesaria y derivada de la justificación de dichos presupuestos. Por tanto, lo que no puede alterarse, en modo alguno, son las argumentaciones fácticas que se han desarrollado para la adopción de una concreta cautela. En el Código el juez dispone de una mayor discrecionalidad en atención a que, en el sistema de cautelas instaurado, las medidas resultan abiertas y no responden a un elenco predeterminado de medidas concretas que debían servir de respuesta a situaciones de peligro también concretas y en muchos casos también predeterminados. En el Código se han regulado las cautelas con carácter general y abierto, respecto a sus requisitos (art. 351) y clases (arts. 355 a 357).

Las costas—indica el artículo 385.4 del CPC— se impondrán conforme las reglas generales. Esta es una previsión innecesaria. La aplicación del régimen general sobre la imposición no precisaba ser reiterada para que se procediese a su cumplimiento.

Por lo demás, las resoluciones sobre medidas cautelares son variables: si la medida se acuerda, podrá modificarse (art. 394.1) y si se deniega, podrá reproducirse la solicitud (art. 385.5); eso sí, sobre la base de circunstancias o hechos sobrevenidos o de nuevo conocimiento. La tutela cautelar está sometida al principio *rebus sic stantibus* o, lo que es lo mismo, su permanencia en el tiempo solo es exigible en tanto no se alteren los presupuestos o motivos que sirvieron de soporte para su adopción (STC 105/1994), de manera que las medidas

denegadas son susceptibles de solicitarse nuevamente si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición (art. 385.5) y las medidas adoptadas pueden ser modificadas si sobrevinieren hechos nuevos o de nuevo conocimiento. Con todo, aunque cabe replantar una petición con el mismo objeto, así como proceder a su modificación, hay que insistir en que la reproducción o la modificación han de estar basadas necesariamente en hechos o circunstancias nuevas, sin que sea posible una revisión ilimitada ni, por supuesto, un nuevo examen de los mismos requisitos y presupuestos fácticos ya ponderados y tenidos en cuenta por el tribunal en una resolución previa⁽⁵³⁾.

C) Recursos

Hay que distinguir entre las resoluciones adoptadas durante la tramitación, relativas a cuestiones de procedimiento, y las que deciden sobre la solicitud de medidas cautelares, acordándolas o denegándolas.

a) *Contra las resoluciones interlocutorias*

Con la finalidad de evitar dilaciones en la sustanciación del procedimiento para la adopción de las cautelas, la legislación española (art. 734.3 de la LEC) establece de modo expreso e inequívoco que, «contra las resoluciones del tribunal sobre el desarrollo de la comparecencia, su contenido y la prueba propuesta *no cabrá recurso alguno*, sin perjuicio de que, previa la oportuna protesta, en su caso, puedan alegarse las infracciones que se hubieren producido en la comparecencia en el recurso contra el auto que resuelva sobre las medidas cautelares». Lo que se consigue así es que la realización y terminación de la vista no se vea dificultada y, por lo tanto, retrasada, por recursos de reposición contra resoluciones interlocutorias.

El legislador hondureño, por el contrario, no ha previsto de modo expreso la ausencia de recursos durante la tramitación de las medidas cautelares. Lo único que ha dispuesto es que las infracciones producidas en la audiencia puedan ser protestadas por las partes a efectos de motivar el recurso de apelación contra el auto resolutorio de las medidas (art. 384.3), pero ello no supone en modo alguno excluir la posibilidad de interponer el recurso de reposición, sino establecer un requisito (la protesta) para no considerar consentida la infracción.

Lo cierto es que el carácter preferente y sumario de este procedimiento aconseja obviar los recursos contra las resoluciones interlocutorias, permitiendo tan solo la protesta para hacer valer la infracción en el recurso de apelación. Y así debería haberlo dicho el legislador patrio derechamente, sin ambages, sin equívocos, sin dudas. Sin embargo, no ha sido este el régimen establecido en el Código (no se sabe si deliberadamente o por descuido). Así pues, contra las resoluciones interlocutorias escritas, dictadas durante la tramitación cautelar (por ejemplo, providencia de admisión o señalamiento de vista) cabe interponer recurso de reposición conforme al régimen general de los artículos 694 y siguientes del Código. Téngase en cuenta que el artículo 694 establece que «la reposición procede contra todas las providencias y los autos no definitivos», de suerte que solo mediante previsión legal

⁽⁵³⁾ Véase Pablo MOSCOSO TORRES, «Medidas cautelares», en ob. cit., pág. 1473.

L. Alfredo de Diego Díez

expresa podrá excluirse la utilización de este recurso en el caso concreto, tal y como se ha hecho, por ejemplo, respecto del auto que rechaza la acumulación (art. 113.3), o del que resuelve sobre la recusación del perito (art. 340.5), o del que resuelve la adopción de medidas sin audiencia previa (art. 383.2, último inciso), o del que ordena la continuación del proceso tras la audiencia sobre su finalización anticipada por pérdida sobrevenida de objeto o satisfacción extraprocésal (art. 482.5).

En lo atinente a las resoluciones adoptadas en la vista oral, el artículo 384.3 establece que «las infracciones que se hubieran producido en la audiencia podrán ser protestadas por las partes a los efectos de motivar el recurso contra el auto que resuelva sobre las medidas cautelares». Ello no significa necesariamente que no quepa ningún recurso previo a formular la protesta, sino que la protesta es un requisito necesario para poder después hacer valer en el recurso de apelación la infracción cometida. Hay que traer aquí a colación lo dispuesto por los artículos 698 y 699, respecto del régimen de recursos contra las resoluciones adoptadas oralmente en la audiencia, que autorizan la interposición del recurso de reposición verbalmente en dicho acto, resolviéndose de inmediato sin ulterior recurso, sin perjuicio de hacer valer la infracción cometida en el recurso que se interponga contra la resolución definitiva; regulación que es totalmente compatible con la previsión aislada del artículo 384.3.

En cualquier caso, hay que tener en consideración que si el juez aprecia en la interposición de los recursos un ánimo puramente dilatorio o una intención de perturbar la resolución definitiva del asunto, podrá rechazarlo *a limine* (art. 6.2 del CPC), explicando en el correspondiente auto los motivos (incluso indiciarios) que le han llevado a tal conclusión.

Con todo, una interpretación correctora de los errores del legislador (que en este aspecto ha hecho una mala copia del texto español) podría llegar a la conclusión de que no cabe recurso de reposición contra ninguna de las resoluciones interlocutorias, dictadas durante la tramitación del procedimiento de medidas cautelares. Para ello habría que considerar que, cuando el legislador dispuso que las infracciones producidas en la audiencia podrían «ser protestadas» a los efectos de motivar el recurso de apelación contra el auto resolutorio de las medidas, estaba pensando precisamente que tal «protesta» iba a ser el único medio de expresar en ese momento la disconformidad de las partes con la actuación del órgano judicial, excluyendo, por tanto, el medio ordinario de impugnación contra estas resoluciones (el recurso de reposición). Como argumento para justificar esta interpretación, podría traerse a colación la naturaleza sumaria del procedimiento cautelar. Pero, insistimos, correspondía al legislador la obligación de dejar claro este extremo y no lo hizo.

b) Contra la decisión sobre las cautelas

Si las cautelas se acordaron inaudita parte, contra el auto dictado no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que se ejercite el derecho de oposición a la medida acordada (art. 383.2, último inciso).

Contra la decisión, ya sea estimatoria o desestimatoria, de la petición cautelar (y

también contra la resolución que se dicte tras la oposición a las medidas acordadas sin audiencia de la contraparte) podrá interponerse recurso de apelación, sin efectos suspensivos (art. 385.3 del CPC). Así pues, si la cautela se estima, proseguirá la ejecución de la medida conforme las reglas del 389 del Código, sin paralizar su cumplimiento efectivo.

El recurso de apelación se tramitará según las reglas generales establecidas en el Código Procesal Civil y tendrá tramitación preferente. Si la tramitación de las medidas tiene carácter preferente por mandato legal –art. 384.1– también deberá tenerlo, por coherencia, el recurso de apelación. La resolución cautelar, por su propia naturaleza, requiere una mayor prontitud en su decisión, tanto en primera instancia como en apelación.

El escrito de interposición de la apelación se unirá a la pieza separada que se ha formado para la tramitación cautelar. El recurso deberá fundamentarse ante el órgano que haya dictado la resolución que se impugne mediante escrito motivado en el que se expresen los agravios que la resolución le cause, tal como indica el artículo 709 del CPC. Omitir la fundamentación del recurso es un defecto insubsanable⁽⁵⁴⁾: cuando las leyes procesales imponen al recurrente la carga de motivar su escrito de interposición, la inobservancia de un requisito tan esencial como este resulta insubsanable y permite la inadmisión *a limine* del recurso (SSTC 16/1992, 64/1992 y 3/1996). Lo contrario, como claramente señala la STC 64/1992 (fj 4), «dejaría indefensas a las otras partes del proceso, dañando la regularidad del procedimiento y los intereses de la contraparte». Más ampliamente, la citada sentencia del Tribunal Constitucional español declara (fj 5):

La omisión de todo razonamiento en el escrito para preparar la apelación, presentado el último día del plazo, justificó sobradamente la inicial resolución que denegó el recurso, inadmisión que fue finalmente sustentada por la sentencia del Tribunal Supremo ahora impugnada. El defecto en el que incurrió el recurrente no consistió en la omisión de un mero requisito formal como la firma de un procurador o un abogado cuya representación o habilitación procesales no ofrece dudas (por todas, SSTC 177/1991 y 118/1990). Tampoco se trataba de haber formulado los motivos del recurso incumpliendo exigencias formales innecesarias para su recta comprensión (SSTC 57/1985, 123/1986 y 96/1991) o incurriendo en errores evidentes e intrascendentes (SSTC 139/1985 y 154/1987), pero ofreciendo sus argumentos impugnatorios en los términos de claridad y precisión que requieren las leyes procesales para facilitar la labor de los tribunales superiores y la defensa de las otras partes (SSTC 17/1985, 60/1985 y 240/1991). Se trató, lisa y llanamente, de la omisión de todo razonamiento en sustento de la impugnación articulada en el recurso, lo cual supone la inobservancia total de un requisito esencial de orden público, como lo es el de la preclusión, que, en garantía de la regularidad y concentración del procedimiento ha de obligar a las partes a formular sus alegaciones en el plazo procesalmente previsto, todo ello bajo la sanción de la pérdida de la posibilidad de realización del acto o la de inadmisión del recurso (SSTC 39/1981, 16/1992 y AATC 661/1984 y 159/1985); sanción procesal, esta última, prevista por nuestro ordenamiento para el caso que nos ocupa y que se manifiesta de todo punto respetuosa con las exigencias del derecho a la tutela.

En esta misma línea, la STC 3/1996 (fj 2), argumenta lo siguiente:

La motivación del recurso resulta esencial para que el órgano *ad quem* pueda conocer los motivos de impugnación de que es objeto la resolución apelada, a la vez que permite que el apelado pueda contraargumentar frente a los alegatos del apelante y ejercer, en consecuencia,

⁽⁵⁴⁾ Más ampliamente puede verse L. Alfredo DE DIEGO DIEZ, *El derecho de acceso a los recursos. Doctrina constitucional*, Colex, Madrid, 1998, págs. 56 y ss.

L. Alfredo de Diego Díez

adecuadamente su derecho a la defensa en la segunda instancia con plena aplicación de los principios de contradicción e igualdad.

[...] En el propio escrito de interposición del recurso, el apelante debe exponer las alegaciones en las que base la apelación y, en su caso, solicitar la práctica de la prueba en la segunda instancia [véanse los arts. 709.II y 712.I del CPC hondureño]. De igual modo, una vez admitida la apelación, tras el oportuno traslado del escrito de interposición al apelado, éste debe formular las alegaciones que estime convenientes en su escrito de impugnación o de adhesión al recurso [véase el art. 711 del CPC hondureño].

La importancia que el legislador ha querido atribuir a los escritos de alegaciones de las partes, trasladando el momento de fundamentación de la apelación del acto de la vista a los escritos de interposición y de impugnación del recurso, con lo que la vista ha perdido su carácter esencial para convertirse en un trámite no siempre necesario que, no obstante, es obligado cuando se practique prueba en la segunda instancia [véase el art. 713 del CPC hondureño], trae consigo que el incumplimiento por el apelante de la carga de motivar el escrito de interposición con las alegaciones en que sustente la apelación, entrañe la inobservancia de un requisito procesal esencial para el correcto desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva en la fase de recurso, cuya omisión permitirá acordar la inadmisión del recurso en la fase inicial del procedimiento o, en su caso, facultará al órgano ad quem para desestimar el recurso sin entrar en el fondo de la pretensión impugnatoria (STC 64/1992).

Los motivos del recurso de apelación no son tasados. Podrá fundamentarse sobre la concurrencia de los presupuestos (*fumus boni iuris, periculum in mora*) o sobre las condiciones de la fianza. Pero también es posible hacer valer otras alegaciones relativas a las infracciones procesales cometidas durante la tramitación del procedimiento cautelar; especialmente en el desarrollo de la audiencia, ya sea en su práctica o respecto a la denegación de prueba, siempre y cuando se hubiera realizado la oportuna protesta, conforme lo dispuesto en el artículo 384.3.

Tras el traslado a la contraparte (art. 711 del CPC), se remitirán los antecedentes al tribunal de apelación. Si la resolución ha sido estimatoria de las cautelas, lo que se elevará al órgano *ad quem* será un testimonio de la pieza separada. La singularidad del recurso de apelación contra la resolución estimatoria de las cautelas reside en la carencia de efectos suspensivos, lo cual permite continuar con la ejecución de la medida tan pronto se preste fianza. Para ello, habrá de formarse testimonio de particulares de la pieza separada y remitirse al tribunal de apelación, reteniendo el órgano *a quo* las actuaciones originales del proceso cautelar para tramitar lo atinente a la ejecución de la medida. Pero, si la resolución apelada fue desestimatoria de las medidas, tras el traslado a la contraparte se elevará la pieza separada (las actuaciones originales) para su resolución por el órgano *ad quem*, puesto que no hay en este caso materia objeto de ejecución (la desestimación no es susceptible de ejecución), con lo cual no se precisa retener la pieza separada como sucede en los supuestos de resolución estimatoria que hemos expuesto anteriormente.

Contra la decisión del tribunal de apelación no cabe ulterior recurso; singularmente, no podrá interponerse recurso de casación, por no estar comprendido este auto en ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 717 del CPC (autos dictados por las Cortes de Apelación, que pongan término al pleito haciendo imposible su continuación).

7. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El cumplimiento de la medida cautelar, a diferencia de la ejecución de sentencias

y títulos extrajudiciales, no requiere la petición de parte y tras acordarse por auto la concreta medida se procederá a su realización de oficio, una vez sea prestada la caución, tal como establece el artículo 389.1 del CPC: «*Acordada la medida cautelar y prestada la caución, se procederá de oficio a su inmediato cumplimiento empleando para ello los medios que fueran necesarios, incluso los previstos para la ejecución de las sentencias, cuyas normas serán de aplicación supletoria, pudiendo sin caer en excesos ni causar daños innecesarios, autorizarse el descerraje u otros actos similares cuando el caso lo justifique, sin caer en excesos ni causar daños innecesarios*».

Aportada la caución, el órgano judicial, en el plazo más breve posible, dictará mandamiento de ejecución (art. 759.1) en que habrá de señalarse, junto a los requisitos personales del deudor y la cautela que conste en la resolución estimatoria dictada, las medidas de localización y averiguación de los bienes así como las actuaciones judiciales ejecutivas que procede ejecutar con la precisión que fuere posible y el correspondiente requerimiento, cuando así lo exija la naturaleza de la medida, en términos similares a los dispuestos en el artículo 760 del CPC. La resolución se llevará a efecto de inmediato, será ejecutiva sin necesidad de oír previamente al deudor, sin que proceda contra dicha resolución la interposición de recurso y sin perjuicio de los que puedan deducirse frente a las infracciones que en el desarrollo de la ejecución se puedan cometer (art. 759.1).

En cualquier caso, como señala CALAMANDREI⁽⁵⁵⁾, puede hablarse de dos tipos de cumplimiento de la ejecución forzosa cautelar. Para las cautelas homogéneas (por ejemplo, el embargo preventivo o las anotaciones preventivas), los actos que comprenden la ejecución se detienen en una fase intermedia, para evitar modificaciones irremediables; es lo que se denomina cumplimiento por fracción de la ejecución ordinaria. En cambio, para las anticipativas (por ejemplo, órdenes de cesación, prohibiciones, secuestros, etc.) se produce una aceleración del título que da lugar a una ejecución forzosa cuyo contenido debe ajustarse a los medios propios de la ejecución en sus propios términos.

A) Prestación de caución para el cumplimiento de la medida

El fundamento de la exigencia de la caución para la ejecución de la cautela reside en el hecho de que el acto ejecutivo constituye una agresión que per se puede causar daños y perjuicios. Es lógica y razonable, por tanto, la exigencia de fianza al acreedor. Una vez prestada, comporta que el tribunal pueda iniciar de oficio la ejecución, empleando los medios necesarios para su cumplimiento que, por lo general, se limitarán a medidas de garantía sin que proceda la incoación de la vía de apremio.

El ofrecimiento de caución, salvo las excepciones legalmente previstas, es requisito necesario para la adopción de la cautela. En su virtud, y tratándose de un requisito esencial para la adopción de las medidas cautelares el Código establece que:

a) En la solicitud inicial ha de precisarse el tipo y la justificación del importe que se propone (art. 380.3).

⁽⁵⁵⁾ Piero CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico...*, ob. cit., págs. 494-95?

L. Alfredo de Diego Díez

b) En la resolución donde se acuerden las medidas se establecerá la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse la caución por el solicitante (art. 385.2).

c) La prestación de la caución será siempre necesaria y previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar (arts. 386.1 y 389).

La contracautela o, si se prefiere, la cautela de la cautela, es decir, la fianza que debe consignarse para adoptar la medida—que es la garantía que tiene el demandado para el supuesto de los daños y perjuicios que la cautela le ha producido en su patrimonio—, se convierte en un requisito necesario y conveniente para lograr una futura reparabilidad como consecuencia del alzamiento de la medida—que, recordemos, se encuentra fundada en verosimilitudes o probabilidades. Con la fianza se trata de reparar eventuales daños y perjuicios que puedan surgir de no estimarse la pretensión deducida por el actor y que tienden a procurar una posición de las partes más equilibrada y en condiciones de mejor reparabilidad, para los casos de alzamiento de la cautela.

B) Exenciones a la prestación de caución

Se trata de un requisito que el tribunal puede modular pero no suprimir. Únicamente la ley determina los casos en que el solicitante de la medida quedará eximido de prestar caución. Así, sin perjuicio de que alguna ley especial pueda disponer otras exenciones diferentes, el Código Procesal Civil establece un listado cerrado de supuestos (art. 388) que debe ser interpretado restrictivamente: solo cuando se esté en alguno de los casos señalados no procederá ni el ofrecimiento de la caución, ni su fijación en el auto, ni su prestación previa a la ejecución. Conforme a lo previsto en el Código, estarán exentos de prestar caución:

a) Quien tenga reconocido el beneficio de asistencia jurídica gratuita

Es una consecuencia lógica de la necesidad de garantizar un acceso libre y extenso a la tutela judicial a aquellas personas que carecen de medios económicos suficientes para poder litigar; acceso que no puede quedar limitado al procedimiento principal, sino también a la tutela cautelar, de tal manera que si se estableciese la obligación de prestar caución, o bien la misma debería ser impuesta de forma simbólica por el juez, por la evidente insuficiencia de ingresos del demandante, o bien debe suprimirse su imposición, que es la opción aceptada por el legislador hondureño. Piénsese que la imposición simbólica tampoco sirve al fin de la cautela (garantizar el pago de las costas y el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al demandado, según el artículo 386.1). En definitiva, en estos casos es cierto que el demandado queda más desprotegido que si se presta la caución, pues le falta la garantía que la ley establece para evitar los perjuicios derivados de la adopción y cumplimiento de la medida cautelar, pero en la necesidad de ponderar estos intereses con los intereses más generales de la sociedad de permitir el acceso a la justicia de aquellos que carecen de medios económicos suficientes, propio de todo Estado Social de Derecho, el legislador ha optado por la prevalencia de estos intereses generales sobre los particulares del demandado.

b) Decisión judicial en caso de desequilibrio de capacidad económica de los litigantes

Señala el artículo 388.2 que *«el juez podrá eximir de la prestación de caución*

al solicitante cuando su capacidad económica sea sensiblemente inferior a la de la parte contraria, especialmente en los que la pretensión planteada implique, junto a la defensa de un interés particular, la defensa de intereses generales, colectivos o difusos, como los de los consumidores o los de protección del medio ambiente. Esta decisión judicial deberá tomarse con especial motivación y previa ponderación razonada de los intereses de las partes».

Se incorpora en este precepto una facultad de los tribunales desconocida en otros ordenamientos jurídicos como el español, y que viene a conectar con la defensa del interés general que se pretende en los casos de exención del pago de la caución dentro de la tutela cautelar. Es preciso destacar las siguientes notas:

- i Es una facultad judicial y no una obligación, lo que implica que el juez no está vinculado por la petición que a tal efecto pueda realizar la parte actora, sino que deberá decidir en función de las concretas circunstancias del caso planteado.
- ii Como tal facultad judicial, la misma puede ser acordada incluso de oficio y sin petición expresa de la parte demandante, si bien su uso debe ser restrictivo y cuidadoso al tener que ponderar los intereses de ambas partes.
- iii El elemento decisor radica en el desequilibrio económico entre demandante y demandado; debe de tratarse de un desequilibrio muy importante y apreciable, por lo que la simple diferencia de ingresos no autoriza al uso de esta facultad. Normalmente se podrá dar en los casos de procedimientos contra bancos, entidades de seguro o grandes empresas, pero también es posible entre personas físicas.
- iv Para su apreciación no es suficiente el simple desequilibrio, sino que también es necesario que el juez pondere las circunstancias del caso y el tipo de medida que se solicitó por el demandado, de tal manera que será más factible la exención en el caso de medidas de escaso perjuicio (p. ej., anotaciones preventivas de demanda). No se puede olvidar en ningún caso la finalidad última de la caución y la necesidad de proteger igualmente al demandado de las medidas cautelares abusivas o empleadas con fines de presión.
- v El desequilibrio deberá ser probado por el solicitante, al menos en relación a su nivel de ingresos (que deberá ser siempre superior al señalado para la concesión del beneficio de justicia gratuita, pues carecería de sentido que no se acudiese a dicho beneficio y se buscara un abogado privado –lo que demuestra una cierta capacidad económica- y a la vez se le eximiese del pago de la caución). Con relación al demandado, en ocasiones es posible presumir la diferencia económica por tratarse de un hecho notorio (bancos, por ejemplo) por lo que no necesitaría prueba alguna, mientras que en otras ocasiones habrá que alegar y probar la situación de desequilibrio que justifique que el juez lleve a cabo el uso de la facultad que le concede el artículo 388.2.
- vi En igual término, la ley viene a establecer una presunción de desequilibrio en el

impugnada», pues resulta evidente que solo es posible solicitar una medida cautelar no pedida con la demanda o durante la fase declarativa del proceso, en el caso de impugnación de la sentencia, pues en caso de no impugnación, la sentencia sería firme y por ello no procedería adopción de medida cautelar alguna, sino la ejecución de la misma en sus propios términos.

3. El ámbito objetivo de esta exención radica únicamente en las medidas cautelares solicitadas después de sentencia y en fase de recurso de apelación o casación. Por ello es lógica la exención, pues al tener una resolución favorable el actor podría haber solicitado la ejecución provisional de la sentencia para lo que tampoco se exige caución, por lo que por esta vía se equiparan ambos mecanismos procesales.

C) Forma de la caución

La caución podrá otorgarse, según el artículo 387.1 del CPC, en dinero en efectivo, cheque certificado, cheque de gerencia o de caja, garantía bancaria o de instituciones financieras. Se trata de una enumeración cerrada: solo la caución prestada en alguna de estas formas –y no en ninguna otra– será estimada suficiente. En definitiva, se trata de medios que, a juicio del tribunal, garanticen la inmediata disponibilidad de la cantidad. Téngase presente que la modalidad de caución ha de ser apta para responder con prontitud de los daños y perjuicios irrogados en el patrimonio del afectado cuando se justifique que la adopción de la medida no fue correcta. Se excluyen, por tanto, las garantías de cualquier otro tipo que, aunque solo sea eventualmente, puedan dar problemas para hacerlas efectivas. Así, por ejemplo, la oferta de garantías reales (como la constitución de hipotecas) habrá de ser rechazada, por insuficiente, sin perjuicio de que, tras la audiencia del artículo 384, pueda el juez utilizar las facultades que le concede el artículo 387.2 del CPC y cambiarla por la que considere pertinente.

D) Decisión sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la fianza

El artículo 387.2 del CPC establece que «el juez podrá aceptar la caución ofrecida, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que considere pertinente, siempre respetando la proporcionalidad en relación con la capacidad patrimonial del solicitante».

Esta norma va dirigida al juez y tiene su momento de aplicación en el auto de concesión de la medida cautelar. Es allí, en aquel auto, donde el juez, de acuerdo con el artículo 385.2, viene obligado a determinar la forma, cuantía y tiempo en el que deba prestarse la caución, bien sea aceptando la ofrecida por el actor o alterándola con arreglo a las facultades que le ofrece el artículo 387.2. Por tanto, si la caución se ajusta literalmente a los términos en los que fue acordada en el auto de concesión de la medida cautelar, el juez, sin más trámite, procederá de oficio a la ejecución de la medida (art. 389.1). Si, por el contrario, el actor ha incumplido los términos en que se fijó la caución, el juez debe declararla inaceptable, sin posibilidad de subsanación una vez transcurrido el término o el plazo señalado para su prestación (la extemporaneidad es siempre un defecto insubsanable), de manera que no se iniciarán los trámites para el cumplimiento de la medida y esta

L. Alfredo de Diego Díez

quedará, de hecho, sin efecto.

Ante este incumplimiento no cabe hacer uso de la facultad judicial del artículo 387.2 para graduar, modificar o cambiar los términos de la caución, ni de oficio ni a petición del solicitante de la medida; el artículo 387.2 se refiere a las facultades judiciales respecto de la caución «ofrecida», no de la caución «prestada» después de ejercitadas tales facultades al dictar el auto en el que se adoptaron las medidas y se fijó la cautela (en el mismo sentido el artículo 387.1 se refiere al momento en el que el actor debe «ofrecer» la caución, esto es, a solicitar la medida cautelar). Además, para alterar en cualquiera de sus términos la caución fijada en el auto de medidas, cuando menos sería necesaria la audiencia de la parte contraria y que se hubieran alterado esencialmente las circunstancias tenidas en cuenta para su fijación, lo cual nos lleva derechamente al incidente de modificación previsto en el artículo 394 del CPC, en cuyo seno es donde podría sustanciarse una modificación de la fianza. Nótese que el artículo 394 del CPC prevé los requisitos y el procedimiento para modificar el «contenido» de la medida acordada y, la caución forma parte de ese «contenido» en sentido amplio.

Por tanto, el mecanismo procesal vendrá determinado, en primer lugar, por un acto de parte: el ofrecimiento, en la solicitud de medidas, de una caución por el importe que el actor considere oportuno y por cualquiera de los medios que se establecen en el artículo 387.1 (art. 380.3); y, en segundo término, por una posterior decisión judicial, en la que tras ponderar las pruebas practicadas en las actuaciones, las alegaciones de la parte demandada, los posibles perjuicios para esta parte, la capacidad económica del solicitante y la efectividad y disponibilidad de la caución ofrecida, se fije de manera clara y concreta la caución que se debe dar por el demandante, especificando la forma, el tiempo y la cuantía de la misma (art. 385.2). Estos elementos quedan fijados en la resolución judicial de concesión de la medida cautelar y no pueden ser alterados por voluntad de la parte ni por decisión judicial sin acudir a un incidente de modificación.

8. MODIFICACIÓN Y LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La firmeza de la resolución sobre medidas cautelares no impide de manera absoluta su modificación. Una vez concluidas las actividades del procedimiento cautelar, agotadas ya las posibilidades de recurso y de formular oposición, es posible aún modificar por diferentes causas la resolución adoptada.

Las medidas cautelares solo deben mantenerse en cuanto sean estrictamente necesarias para garantizar la efectividad y el cumplimiento de la sentencia. Por eso están sujetas al principio de variabilidad. El ATC 201/1992, declara que, con independencia de que las leyes procesales prevean expresamente la posibilidad de replanteamiento o modificación de las decisiones cautelares, «toda medida cautelar puede, de oficio o a instancia de parte, ser levantada, de forma que es posible en cualquier momento replantear la procedencia o no de la suspensión decretada». En definitiva, concluye el auto citado, el carácter siempre revisable de las medidas provisionales adoptadas, atendiendo a la variación de las circunstancias fácticas, se deriva de su propia naturaleza (provisional y temporal), pudiendo estar expresamente previsto o no.

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

La variabilidad de las medidas cautelares —característica derivada de su naturaleza instrumental—, lleva aparejadas tres consecuencias prácticas: en primer lugar, la posibilidad de su revisión ante la presencia de hechos no tenidos en cuenta a la hora de su adopción; en segundo término, que la eficacia y vigencia de las mismas corra pareja a la del pleito principal respecto del cual se adoptaron; y, en tercer lugar, que la función aseguradora de las medidas ya adoptadas pueda sustituirse por una caución. Por tanto, la modificación y el alzamiento de la situación cautelar puede venir dada por las siguientes circunstancias:

1) *Alteraciones en los hechos.* La resolución relativa a las medidas cautelares —tanto la que las conceda como la que las deniegue— puede ser objeto de modificación cuando se produzca un cambio en los hechos o en las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de decidir sobre aquellas (arts. 385.5 y 394.1 del CPC).

2) *Alteraciones en el proceso principal.* Si las medidas son accesorias de un proceso principal, y su función consiste en garantizar la efectividad de la pretensión que se ejercita (arts. 356 y 357) y el cumplimiento de la sentencia que en el mismo recaiga (art. 350.1), hemos de convenir que las alteraciones acaecidas en aquel proceso (singularmente las relativas a su terminación definitiva o firme), implican necesariamente, al menos, una posibilidad de cambio en las medidas. Así, las resoluciones firmes que hubieran concedido una medida cautelar están expuestas a las causas de extinción que derivan de su relación de instrumentalidad con el proceso principal. Ejemplo de ello es la regulación del levantamiento o modificación de las medidas como consecuencia del dictado de una sentencia absolutoria del demandado (arts. 395 y 396 del CPC).

3) *Prestación de caución.* Por último, la medida cautelar, una vez adoptada e incluso ejecutada, puede ser sustituida por la prestación de una caución en los términos del artículo 391 del CPC. No se trata, en estos casos, de una modificación provocada por alteración alguna, ni en los hechos tenidos en cuenta para su adopción ni en el proceso principal. La cautela sigue siendo en estos casos correcta y adecuada a la realidad fáctica y al momento en que se encuentra el proceso principal, pero, por razones de menor onerosidad para el afectado, se procede a la sustitución.

A) Modificación de medidas como consecuencia de alteraciones en los hechos

Las medidas cautelares se adoptan con fundamento en unas premisas fácticas, que constituyen los presupuestos (*fumus boni iuris, periculum in mora*) sobre los que aquellas se asientan. Pero tales premisas pueden alterarse a lo largo del proceso principal como consecuencia de circunstancias o hechos nuevos, sobrevenidos o desconocidos cuando se acordaron las medidas, que pueden afectar de modo relevante a la necesidad de las mismas. Pues bien, el Código Procesal Civil permite que se enjuicie de nuevo la procedencia de las medidas a la luz de estos hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta a la hora de su adopción. La regulación aparece contemplada en los artículos 385.5 (cuando las medidas inicialmente hayan sido denegadas) y 394 (cuando las medidas hayan sido adoptadas).

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 385.5, «si fuere denegada la

L. Alfredo de Diego Díez

petición de medidas cautelares, se podrá reproducir la solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición». Por su parte, el artículo 394 establece lo siguiente: «1. Si una vez adoptadas las medidas cautelares, sobrevinieren hechos nuevos o de nuevo conocimiento, podrá el tribunal, a instancia de parte, modificar el contenido de la medida acordada. 2. La solicitud de modificación de medidas cautelares será sustanciada y tramitada con arreglo al procedimiento previsto para la oposición».

a) Hechos o circunstancias sobrevinidas o de nuevo conocimiento

La reproducción de la solicitud de medida cautelar, así como la petición de modificación o de alzamiento de la misma, deben fundarse en hechos nuevos, sobrevinidos o desconocidos con anterioridad. Cualquier otro dato distinto de la afirmación de nuevos hechos carece por completo de eficacia para permitir un nuevo enjuiciamiento. En concreto, no puede pretenderse una nueva resolución aportando, simplemente, nuevos argumentos y razonamientos desarrollados sobre el material fáctico antiguo⁽⁵⁶⁾.

Cuando hablamos de hechos o circunstancias nuevas lo hacemos en un sentido amplio, con referencia a los hechos o circunstancias que no pudieron ser tenidas en cuenta a la hora de decidir anteriormente sobre las medidas. El artículo 394.1 avala este planteamiento por cuanto alude tanto a los hechos nuevos sobrevinidos como a los de nuevo conocimiento. Por eso, el acento ha de ponerse, no tanto en la novedad cronológica del hecho o de la circunstancia, sino más bien en la imposibilidad de que haya podido alegarse con anterioridad. En suma, dentro de este supuesto se incluyen tanto los hechos nuevos como los acaecidos con anterioridad pero que han sido conocidos en un momento posterior. Por el contrario, no tendrán eficacia alguna para lograr la revisión de las medidas, los hechos y circunstancias que fueron alegadas o que pudieron serlo al tiempo de su concesión (si se otorgaron previa audiencia) o al formular oposición (si se adoptaron sin audiencia previa).

Precisamente por ello, la revisión de la tutela cautelar ya acordada con carácter firme no supone vulneración alguna de la cosa juzgada. Conforme a lo dispuesto por el artículo 210.3 y 7 del CPC, no integran la cosa juzgada y se consideran hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los *posteriores* a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularon y también los que no se hubieran podido alegar con anterioridad.

No cabe duda de lo expuesto, en relación con la modificación y alzamiento de las cautelas adoptadas (art. 394.1); pero podría caberla en cuanto a la reproducción de una *solicitud de medidas ante la inicial denegación de la misma* (art. 385.5). Obsérvese que la fórmula de este último precepto comprende el «cambio de las circunstancias existentes en el momento de la petición». A mi juicio, el cambio de las circunstancias es también un concepto amplio (más incluso que el hechos nuevos) que incluye en su entendimiento no solo la aparición de nuevos hechos sino también la de hechos anteriores, pero desconocidos

⁽⁵⁶⁾ Manuel ORTELLS RAMOS, «Las medidas cautelares», en *Proceso civil práctico*, ob. cit., tomo VIII, pág. 1456.

en el momento de la primitiva petición⁽⁵⁷⁾.

Cabe preguntarse si, entre el material fáctico nuevo se encuentran solo las alegaciones de hecho o podemos también incluir los medios para su acreditamiento. Dicho de otro modo: ¿podría fundamentarse la nueva petición sobre medidas cautelares en nuevos medios de acreditamiento, aunque estén referidos a hechos no nuevos, ni desconocidos, e incluso ya precedentemente alegados?

Acercas de si encajan o no en la norma los medios de prueba no utilizados oportuna y tempestivamente, la doctrina se encuentra dividida⁽⁵⁸⁾; en todo caso, debe significarse que la disposición de medios probatorios de los que con anterioridad se careció será relevante sólo si permiten justificar hechos que no pudieron invocarse entonces.

La doctrina alemana considera mayoritariamente que con simples nuevos medios de acreditamiento, siempre que no hubieran podido ser utilizados en la actividad procesal anterior, puede pretenderse una nueva resolución sin que se oponga a ello la *cosa juzgada*⁽⁵⁹⁾. Y ello porque, la urgencia del procedimiento no permite reunir el material probatorio con el mismo cuidado que en el proceso ordinario, de manera que la preclusión no debe actuar con idéntico rigor. La cuestión es dudosa en el derecho hondureño pues, si bien por un lado parece que el legislador solo acepta hechos nuevos o de nuevo conocimiento, y no nuevos acreditamientos, para permitir un nuevo enjuiciamiento sobre una medida cautelar acerca de la cual ya existe un pronunciamiento firme (art. 394.1), por otra parte, para reproducir una petición de medidas denegadas, el legislador exige cambio de circunstancias (art. 385.5), lo que podía dar lugar a que también los acreditamientos nuevos o descubiertos con posterioridad al momento procesal de la primera petición, integrasen esa exigencia. Al fin y al cabo, la aparición de nuevas pruebas es, sin duda, un cambio relevante de las circunstancias existentes en el momento de la anterior petición. Con todo, me inclino por favorecer la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento en estos casos aceptando un amplio entendimiento no solo de los términos cambio de circunstancias, sino también de hechos nuevos o de nuevo conocimiento; entre estos últimos estaría la aparición de nuevos acreditamientos o pruebas.

A favor de la respuesta afirmativa cabe argumentar que en el proceso principal—del que, según el CPC (art. 386.1), el procedimiento cautelar es un incidente—hay excepciones a la preclusión que permiten aportar medios de prueba nuevos o de nuevo conocimiento (arts. 270, 271 y 460 LEC).

⁽⁵⁷⁾ Téngase en cuenta que incluso tratándose de la tutela judicial dispensada en el proceso principal, no solo los hechos nuevos, sino también los hechos de nueva noticia, pueden hacerse valer en la audiencia preliminar (art. 460) y a lo largo del resto del proceso, alegándolos de inmediato, antes de que comience el plazo para dictar sentencia (art. 431) y siendo objeto de prueba (art. 241). Como se ve, la causa de pedir desconocida por el actor no está afectada por la preclusión prevista en el artículo 429 respecto de la inalterabilidad del objeto del proceso.

⁽⁵⁸⁾ En contra de esta posibilidad SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Artículo 1.252", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. por ALBALADEJO GARCÍA, M.), XVI-2, pág. 661. A favor, CALDERÓN CUADRADO, M.º P., *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., págs. 266 y ss.; ALONSO FURELOS, J.M., "Nuevas perspectivas sobre el proceso cautelar", en Rev. "Justicia", II, 1990, pág. 372.

⁽⁵⁹⁾ Véase Manuel ORTELLS RAMOS, «Las medidas cautelares», en *Proceso civil práctico*, ob. cit., tomo VIII, pág. 1457.

L. Alfredo de Diego Díez

En contra puede traerse a colación la claridad del artículo 210.3 del CPC, en cuanto excluye de la cosa juzgada: 3. No integra la cosa juzgada y se considerará hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularon.

Artículo 210.7: A los efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.

b) Hechos o circunstancias decisivos

Los hechos o circunstancias nuevas han de suponer un cambio sustancial, con repercusión en los presupuestos que fueron tenidos en cuenta al momento de su adopción. No basta una repercusión accidental o accesoria.

En este sentido, los hechos nuevos alegados como fundamento de la modificación deben tener la eficacia de enervar o desvirtuar decisivamente los hechos que se tomaron en cuenta para la adopción de la cautela y afectar a los presupuestos esenciales de adopción de la medida cautelar, concretamente, los referentes al *periculum in mora*.

En opinión de CARRERAS LLANSANA ("Las medidas cautelares del art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", Revista Jurídica de Cataluña, 1958), habrá lugar también al alzamiento de la medida cautelar, cuando el peticionario de la misma demostrara con sus actos, una vez conseguida la medida, su intención fraudulenta de dilatar el proceso para gozar de la situación ventajosa que le proporciona la cautela, poniendo de manifiesto que deseaba su obtención por sí misma y no para asegurar la efectividad de la sentencia.

c) Procedimiento

a) Solicitud de modificación de las medidas ya acordadas mediante resolución firme. Se tramitará por el procedimiento previsto para la oposición (art. 394.2); esto es, mediante una solicitud escrita, con una audiencia realizada conforme al artículo 392 que concluye con un auto recurrible en apelación (por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 385.3). No es posible una modificación de las medidas inaudita parte. La remisión expresa que el artículo 394.2 hace a los trámites del procedimiento de oposición (regulado en los arts. 390 a 392) exige la presencia de las dos partes en la audiencia previa a la decisión sobre la modificación solicitada.

Sobre costas, rige el principio del vencimiento objetivo: las costas correrán a cargo de la parte que hubiera visto desestimadas sus pretensiones. Y, en cuanto a la reclamación de daños y perjuicios, es aplicable lo dispuesto en el artículo 393: si como consecuencia de una solicitud de modificación el tribunal acordare el levantamiento de la medida sin caución, podrá el afectado reclamar los daños y perjuicios producidos por la medida revocada (las medidas se adoptan bajo la responsabilidad de quien las solicite: art. 350.2), acudiendo al trámite previsto para ello en la ejecución forzosa (véase el art. 884).

b) *Nueva petición de medidas denegadas mediante resolución firme.* Cuestión distinta es que, tras haberse denegado las medidas, se reproduzca la solicitud. No estaríamos entonces ante una modificación propiamente dicha puesto que no habría ninguna medida adoptada que modificar. Por ello, la reproducción de la solicitud de medidas se sustanciará del mismo modo que la petición inicial, con arreglo a las reglas de los artículos 383 y siguientes, pudiendo solicitarse sin audiencia de la parte contraria cuando concurren las razones de urgencia previstas en el artículo 383.2.

c) *Improcedencia del recurso de apelación para obtener la modificación de la medida mediante la alegación de hechos nuevos.* Por lo demás, no es factible la sustitución de la vía del artículo 394 CPC por el recurso de apelación interpuesto contra el auto decisorio de las medidas. Si con posterioridad al dictado del auto por el que se adopta una medida cautelar, surgen los presupuestos a los que se refiere el artículo 394.1, no pueden hacerse valer pretendiendo la modificación de las medidas a través del recurso de apelación. El tribunal ad quem, cuando resuelve una apelación, asume la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el juez a quo (STC 272/1994); la apelación permite un novum iudicium para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de derecho o de hecho, valorando las pruebas practicadas en primera instancia y revisando la ponderación que de ellas haya efectuado el juez a quo (STC 21/2003). Pero no admite el examen de hechos nuevos o de nuevo conocimiento, cuya introducción en el proceso precluye en la primera instancia, en el mismo momento en que comience a transcurrir el plazo para dictar sentencia (art. 431.1).

B) Modificación de medidas como consecuencia de alteraciones en el proceso principal

La terminación del proceso, estimando o desestimando la demanda, aunque la resolución no sea firme, conlleva una alteración sobre la percepción de, al menos, el presupuesto de la apariencia de buen derecho sobre el que se asienta la medida cautela: si la sentencia es estimatoria, aquel presupuestos se habrá reforzado; pero si es desestimatoria, la apariencia de buen derecho desaparece o, si la resolución no es aún firme, se verá seriamente devaluada. Por ello, los artículos 395 y 396 del Código disponen lo que ha de hacerse respecto de la medida cautelar cuando las sentencias son absolutorias (definitivas o firmes) y cuando la estimación ha sido parcial. Examinaremos aquí los distintos signos de las resoluciones que terminan el proceso principal y su incidencia en las medidas adoptadas.

a) Sentencia estimatoria firme

En este supuesto las medidas se transforman en actos de ejecución definitiva de la sentencia, siempre que sean compatibles con el objeto de la condena. Resulta evidente que la apariencia de buen derecho queda reforzada y por ello no es preciso el alzamiento de la medida cautelar acordada mientras no se inicie la ejecución de la sentencia presentando la solicitud a la que se refiere el artículo 757 del CPC. Durante este período, las medidas cautelares siguen cumpliendo su función, esto es, garantizar la ejecución de la sentencia firme favorable al demandante; ahora con mayor razón, pues ya existe un pronunciamiento

L. Alfredo de Diego Díez

firme de condena y de ahí que deban de mantenerse mientras no sean sustituidas por las medidas de ejecución definitivas.

Idéntico tratamiento tendrán los supuestos de allanamiento íntegro a la demanda. Si el demandado se conforma con lo pedido, reconociendo que el actor tiene razón en sus pretensiones, el proceso terminará por sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por el demandante (art. 485.1). En tal caso, al ser la sentencia fruto de la voluntad concorde de las partes, contra ella no cabe recurso puesto que no hay gravamen, no hay perjuicio para ninguna de las partes y ninguna estaría legitimada para recurrir la sentencia (véase el art. 691), por lo que estaremos ante una sentencia estimatoria firme. De ser parcial el allanamiento, solo las pretensiones objeto del mismo serían inmediatamente estimadas, esta vez mediante auto, pudiendo procederse a su ejecución (art. 485.2), por lo que su consideración, a los efectos que ahora nos interesan, sería la misma que la de una sentencia estimatoria y firme respecto de los puntos objeto de allanamiento.

b) Sentencia estimatoria no firme

Ante una sentencia estimatoria no firme, las medidas van a seguir siendo objeto de aplicación sin ningún tipo de alteración, salvo que se solicite la ejecución provisional (art. 772). En tal caso, se producirá el alzamiento de las medidas y su sustitución por los actos ejecutivos provisionales que acuerde el órgano judicial, en función del contenido de la sentencia y del mandamiento de ejecución provisional. No podía ser de otro modo ya que los actos de ejecución son incompatibles con las medidas cautelares. Por ello se alzan las medidas que guarden relación con los actos concretos y determinados de la ejecución provisional; el resto de medidas que se refieren a pronunciamientos que no son objeto de esa ejecución provisional, siguen el régimen general, manteniendo su vigencia.

c) Sentencias absolutoria firme

Tras el dictado de una sentencia absolutoria firme, las consecuencias respecto al régimen de las medidas adoptadas son claras. Independientemente que la absolución sea en fondo o en la instancia, se alzarán de oficio todas las medidas cautelares y se iniciarán los trámites para la liquidación de los daños y perjuicios. Todo ello de conformidad con lo prevenido en el artículo 396.1 del CPC: «*Cuando la sentencia absolutoria fuera firme, el tribunal dejará sin efecto inmediatamente y de oficio todas las medidas cautelares adoptadas, debiendo el demandante pagar las costas y gastos del proceso cautelar, a pedido de parte, y podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, si se prueban los perjuicios producidos por la medida cautelar.*»

Del tenor del precepto puede distinguirse que la actuación del tribunal atiende a dos regímenes diferentes: en unos aspectos de oficio y en otros a instancia de parte. Así, en primer lugar, y de oficio, deberá proceder a dejar sin efecto todas las medidas cautelares adoptadas, dictando a tal fin las resoluciones que fueran necesarias para devolver la situación al estado anterior a la concesión de las medidas cautelares. En segundo lugar, el demandante podrá ser condenado al pago de las costas y a la indemnización de daños y perjuicios, no de oficio sino siempre a instancia de parte, si se prueban en este último caso los perjuicios indemnizables.

La indemnización se pedirá ante el tribunal de primera instancia (competencia funcional), quien resolverá el incidente, previo traslado por tres días a la parte contraria. Llama la atención la dejadez del legislador a la hora de regular el trámite de este incidente sobre liquidación de daños y perjuicios. Tan solo prevé la audiencia de la parte contraria por plazo de tres días y la carga del solicitante de probar los perjuicios producido por la medida cautelar. Contrasta esta ausencia de regulación con la prevista para la liquidación y exacción de los daños y perjuicios cuando, tras la oposición del afectado, se alza la medida cautelar adoptada sin audiencia, pues en estos casos se remite a lo dispuesto en la ejecución forzosa (art. 393), esto es, al artículo 884. Hubiera sido mejor que el legislador se limitase a establecer un mismo régimen para la reclamación de los daños y perjuicios causados por las medidas, remitiéndose en todos los casos al trámite dispuesto en el artículo 884.

Por lo demás, el mismo tratamiento se aplicará cuando el proceso acabe con sentencia no contradictoria en caso de renuncia. La renuncia a la pretensión, contemplada en el artículo 483, constituye una manifestación de voluntad del actor haciendo dejación del derecho material en que se funda su pretensión. Sus efectos se identifican *ope legis* con los de la sentencia absolutoria firme (art. 483.2).

d) Sentencia absolutoria no firme

Esta situación se regula en el artículo 395.1 del CPC: «*Dictada la sentencia absolutoria, aun cuando ésta no fuera firme, acordará el tribunal el inmediato levantamiento de las medidas cautelares adoptadas salvo que el demandante, manifestando la intención de recurrir, peticionara su mantenimiento o modificación. En tal caso el tribunal, oída la parte contraria y atendidas las circunstancias del caso, resolverá lo procedente.*» La regla general ante una sentencia absolutoria, tanto en el fondo como en la instancia, aunque no sea firme, es el alzamiento de oficio de las medidas, salvo que el recurrente solicite su mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta porque va a recurrir. La solución tiene toda su lógica si se considera que con esa sentencia ha desaparecido o, al menos, se ha visto ostensiblemente debilitado uno de los presupuestos básicos para la adopción de las medidas cautelares, como es la apariencia de buen derecho. En fin, como pone de relieve el auto 9/2006, de 13 de enero, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19), «una vez desestimada la demanda en virtud de la cual se acordó la medida cautelar la misma se debe de alzar, no obstante, la ley también permite su mantenimiento, de forma excepcional, cuando la sentencia es recurrida y concurren circunstancias excepcionales».

El Código exige el levantamiento «inmediato» de las medidas tras el dictado de una sentencia absolutoria, pero tal previsión hay que conciliarla con el derecho del demandante a solicitar su mantenimiento o modificación y a que tal petición sea resuelta antes del alzamiento de las medidas. Para empezar, es menester señalar que la resolución judicial en la que se acuerde el levantamiento ha de ser necesariamente distinta de la sentencia (téngase en cuenta que el acuerdo del tribunal alzando las medidas tiene lugar una vez *dictada* la sentencia absolutoria). Entre el dictado de la sentencia absolutoria y el acuerdo de levantar las medidas, debe darse al actor la oportunidad de manifestar su

L. Alfredo de Diego Díez

intención de recurrir y solicitar el mantenimiento o modificación de las medidas (de lo contrario, se vulneraría su derecho a la tutela cautelar como manifestación específica de la tutela judicial efectiva). Caben varias soluciones:

1. Ordenar en la propia sentencia absolutoria o en una providencia inmediatamente posterior, que se requiera al actor para que, en el plazo preclusivo que se le fije, manifieste si tiene intención de recurrir y presente, en caso de estar interesado, la petición de mantenimiento o modificación de medidas, con apercibimiento de que, de lo contrario, se procederá al inmediato alzamiento de las medidas.

2. Esperar al plazo fijado por el artículo 709 del CPC (diez días) para interponer el recurso de apelación y, si en ese plazo no se ha pronunciado el actor, se procederá de oficio por el juzgado al levantamiento de las medidas. Este es el criterio mantenido por la Audiencia Provincial de Las Palmas, en el auto de 22 de septiembre de 2003:

Dicha solución [el alzamiento inmediato] es difícilmente conciliable con el hecho de que se pueda solicitar por la parte su mantenimiento por lo que el alzamiento inmediato, e incluso de oficio, únicamente puede tener lugar en los supuestos en los que el demandante no recurra la sentencia o que recurriéndola no solicite su mantenimiento o la adopción de otra medida distinta. Por lo tanto, es claro que el alzamiento no debe ser inmediato sino que deberá, cuando menos, esperar a que trascurra el plazo para recurrir, y si dicho recurso se interpone y la parte solicita el mantenimiento o medida cautelar distinta las medidas no podrán ser alzadas hasta que el tribunal decida.

La competencia para conocer del mantenimiento de la medida cautelar tras la sentencia absolutoria no firme corresponderá al mismo juez o tribunal que haya dictado dicha sentencia, desestimatoria de la pretensión principal. La tramitación de esta solicitud es muy simple, limitándose a dar audiencia a la otra parte, sin necesidad de práctica de prueba alguna en este incidente, y a resolver atendiendo a las circunstancias del caso. El resultado puede acoger alguno de estos tres tipos de pronunciamientos: mantener la medida en los mismos términos en que estaba acordada, modificar la medida en términos más favorables para el afectado, tanto en su contenido (haciéndola menos onerosa) como en la caución a prestar por el solicitante (normalmente incrementando la misma) o dejar sin efecto la medida cautelar.

Una vez alzadas las medidas, en el caso de sentencia absolutoria, su adopción en la apelación requiere la alegación y prueba de hechos o circunstancias nuevas, que desvirtúen la inicial presunción sobre inexistencia de los presupuestos. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.^a), en su auto 48/2004, de 20 febrero, sostiene al respecto:

Si la ley prevé que se procederá a dejar sin efecto la medida cautelar solicitada, en caso de sentencia absolutoria, salvo la posibilidad que establece de su mantenimiento el precepto citado, no procede la adopción pendiente el recurso de apelación, en base a los motivos y argumentos alegados en primera instancia, dado que sería necesario que para la adopción de la misma en esta alzada, concurrieran circunstancias nuevas o hechos que justificasen su adopción en dicho momento procesal, es decir, que existieran circunstancias posteriores que permitiesen apreciar tanto la concurrencia de la apariencia del *fumus boni iuris*, como el *periculum in mora*, sin que en esta alzada y en el acto de la vista se hayan alegado nuevos hechos o aportado datos que permitan desvirtuar la falta de concurrencia de dichos requisitos.

e) Sentencias parcialmente estimatoria

Otra especialidad que se prevé en el Código se encuentra en el artículo 395.2: «Si la sentencia estimare parcialmente la pretensión del demandante, el tribunal resolverá sobre el mantenimiento, modificación o levantamiento de las medidas con audiencia de las partes.»

Es una regla razonable dado que coexisten pronunciamientos de condena sobre algunas de las pretensiones de la demanda con otros absolutorios sobre otras peticiones del actor. No es posible, por tanto, acudir a un criterio único sino que habrá que atender a la relación de la medida cautelar con el concreto contenido objeto de condena o absolucón. Por ello, debe el tribunal tomar la iniciativa en estos casos y, de oficio, oír a las partes en una audiencia señalada a la mayor brevedad posible (entre 3 y 5 días sería un plazo razonable) para que se manifiesten sobre las medidas cautelares adoptadas y sus posibles modificaciones derivadas de la sentencia que se ha dictado. Tras esta audiencia, en la que habrían de concentrarse todas alegaciones y, en su caso, la prueba, el tribunal debe de dictar resolución (auto) pronunciándose sobre el mantenimiento, modificación o revocación de las medidas o sus condiciones. Como pauta interpretativa a la hora de resolver, podría servir lo señalado en los apartados anteriores, en función del contenido absolutorio o condenatorio de las correspondientes pretensiones.

f) Terminación anormal del proceso

Las partes pueden disponer de las pretensiones interpuestas en el proceso, en cualquier estado y momento del mismo, ya sea en la primera instancia, durante la sustanciación de los recursos o en la ejecución forzosa (art. 481.1). A tal efecto podrán solucionar su conflicto por medios autocompositivos tales como la renuncia, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento a arbitraje o la transacción, que darán lugar a la finalización del proceso mediante sentencia no contradictoria o mediante auto (lo que se conoce como terminación anormal del proceso).

En sede de medidas cautelares, el Código se refiere solamente a la renuncia y al desistimiento al tratar los efectos del alzamiento de la medida para señalar que, también en estos supuestos, el demandado podrá reclamar la oportuna indemnización por los daños y perjuicios (art. 396.3, último inciso). Ya hemos dicho anteriormente que la renuncia tiene los mismos efectos que una sentencia desestimatoria firme y el allanamiento los de una sentencia estimatoria firme, por lo que habrá que estar a lo dicho anteriormente respecto de este tipo de sentencias.

El desistimiento es una declaración de voluntad del demandante por la que decide apartarse del proceso, ya sea en la primera instancia, durante la sustanciación de los recursos o en la ejecución forzosa (arts. 481.1 y 484). Si el desistimiento se produce en la primera instancia, el fondo del asunto queda imprejuizado y sus efectos, en lo que ahora interesa, serían homologables a los de una sentencia desestimatoria. Ahora bien, si el desistimiento se produjese en fase de recursos, alcanzaría firmeza la sentencia recurrida, por lo que sus efectos serían los correspondientes a la sentencia absolutoria o condenatoria contra la que se recurrió.

L. Alfredo de Diego Díez

La carencia sobrevenida de objeto y la satisfacción extraprocesal tienen como consecuencia el dictado de un auto de conclusión del proceso con los mismos efectos que una sentencia absolutoria (art. 482.5).

La transacción judicial (art. 486) es título ejecutivo en base al cual puede dictarse el despacho de ejecución y consiguiente apremio (arts. 488, 747 y siguientes). La solución en estos casos puede ser la siguiente: si las cautelas adoptadas garantizan alguno de los acuerdos que se plasman en el convenio transaccional, aquellas se mantendrán, salvo expresa disposición en contra de las partes, hasta su reconversión en medidas ejecutivas (se equiparan sus efectos a los de una sentencia firme estimatoria); y respecto de las medidas cautelares que no guarden conexión con la transacción lograda, se procederá a su alzamiento⁽⁶⁰⁾.

También deben enmarcarse en el ámbito del artículo 395.1 (demandado absuelto) los supuestos que den lugar al archivo o sobreseimiento de las actuaciones. Por ejemplo, habría que incluir aquí el supuesto del artículo 46.3.a) del Código que dispone: «Si el órgano jurisdiccional llegase a la conclusión que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso» [Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª), auto 32/2005, de 7 marzo].

g) Caducidad de la medida cautelar

Esta posibilidad aparece recogida en el artículo 397 del CPC que establece que *«toda medida cautelar caduca a los tres años contados desde la fecha de su ejecución. Si el proceso principal no hubiera concluido, puede el juez, a pedido de parte, disponer la reactualización de la medida»*.

Estamos en presencia de la norma de cierre del sistema de alzamiento de las medidas cautelares establecido en el Código. La novedad de la misma radica en que, a pesar de la instrumentalidad de la medida cautelar en relación con el proceso principal, en este caso la vigencia de aquella está en relación con el mero transcurso del tiempo (y no con los acontecimientos procesales), de tal manera que caducará la medida cautelar una vez que hayan transcurrido tres años desde la ejecución de la misma y ello con independencia del estado en el que se encuentre el proceso principal y de su conclusión o no. Al ser un plazo de caducidad debe ser apreciado de oficio por el tribunal sin necesidad de expresa petición de parte, que lógicamente de existir tiene que ser realizada por el propio demandado como afectado por la medida cautelar adoptada.

Ahora bien, con el fin de garantizar el peligro de demora procesal derivado de la extensa duración del procedimiento principal, bien en primera instancia o bien en fase de recursos, el citado artículo 397 establece una cláusula de salvaguarda: a instancia de

⁽⁶⁰⁾ José Francisco VALLS GOMBAU, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, varios autores, 1.ª reimpresión, Iurgium editores, Barcelona, 2001, tomo III, págs. 3375-3376.

parte, en este caso del actor, puede el juez «reactualizar» la medida. No se entiende muy bien qué es lo que ha querido decir el legislador con estos términos. Su significado gramatical es el de poner de nuevo al día la medida⁽⁶¹⁾ y, por consiguiente, su reactualización puede abarcar tanto la confirmación en idénticas condiciones a las que ya tenía, como la posible modificación de la medida o de alguna de sus características o de la propia caución. Para ello será preciso, aun cuando la ley no lo diga expresamente, la audiencia de las partes personadas en las actuaciones, con carácter previo a la resolución que se dicte reactualizando la medida cautelar.

Tampoco nos dice el legislador si la reactualización ha de pedirse antes de que transcurra el plazo de los tres años señalado en el artículo 397 o después. LARROSA AMANTE⁽⁶²⁾ sostiene, con buena lógica, que la solicitud del actor deberá realizarse con anterioridad a que transcurra el plazo de caducidad, pues carecería de sentido hacerlo una vez que la medida cautelar ya ha sido dejada sin efecto de oficio por el tribunal; eso sí, sin perjuicio de poder solicitar el actor la adopción de una nueva medida cautelar. Este planteamiento tiene, además, la ventaja de que, al resolver la reactualización de la medida antes de que esta quede sin efecto por la caducidad, su función de garantía no se interrumpe en ningún momento. Sin embargo, a mi juicio, la ambigüedad del legislador permite también defender que la petición pueda hacerse con posterioridad a la declaración de caducidad ya que, lo que parece haberse establecido aquí es una especie de reconsideración sobre sí, pese al transcurso de tres años desde la ejecución de la medida (lo cual exige que ya hayan pasado esos tres años), sigue siendo necesaria la medida cautelar hasta entonces en vigor, en los mismos términos en que estuvo vigente o con alguna modificación.

9. CAUCIÓN SUSTITUTORIA

La caución sustitutoria o contracautela del afectado, puede ser definida como la prestación por parte del demandado de una garantía económica con la finalidad de sustituir la medida cautelar concedida, de modo que quede asegurado el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse. Es un instrumento para equilibrar la posición e intereses de las partes.

Independientemente de la denominación que se le dé, la caución sustitutoria no deja de ser una medida cautelar (una fianza, al fin y cabo, prestada por el afectado). En efecto, con ella se pretende sustituir la medida judicialmente adoptada por otra distinta que sea menos gravosa para el demandado, pero igualmente eficaz para garantizar la pretensión del solicitante [arts. 354.a) y 357], cumpliendo así la función propia de la tutela cautelar. Aun cuando la caución sustitutoria no está descrita entre las medidas cautelares específicas del artículo 355, sí podría ser considerada como integrante de la potestad cautelar general a la que se refiere el artículo 356. Su naturaleza de verdadera medida cautelar comporta que deban aplicarse las notas características de las cautelares (instrumentalidad, temporalidad, provisionalidad y accesoriedad), quedando sujeta a su

⁽⁶¹⁾ “Actualizar” significa «hacer una cosa actual, d.r.ite actualidad, ponerla al día»; y ‘re-’ es un prefijo con el significado, entre otros, de «repetición».

⁽⁶²⁾ Miguel Ángel LARROSA AMANTE, en el módulo instruccional titulado *De las medidas cautelares en el Código Procesal Civil*, ob. cit., pág. 95.

L. Alfredo de Diego Díez

alzamiento y modificación en los términos regulados en los artículos 394 a 396 del CPC.

a) *Momento para solicitarla*

El Código solo regula la solicitud para prestar caución sustitutoria en el artículo 391, dentro del trámite de oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia de parte, en los siguientes términos: «1. En el escrito de oposición, podrá el demandado ofrecer caución para garantizar los eventuales perjuicios que puedan derivarse del levantamiento de la medida y para garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare. 2. El juez decidirá sobre la forma y cuantía de la caución, atendidas las circunstancias concretas del caso, siendo de aplicación lo establecido sobre régimen de la caución en este Título.»

Pese a ello, debe hacerse una aplicación extensiva de esta posibilidad a cualquier momento durante el desarrollo del proceso cautelar, incluso en fase de ejecución de la medida. Así, la sustitución de la cautela por una caución sustitutoria, podrá pedirla el afectado:

1. *En el acto de la audiencia convocada para sustanciar la solicitud de medidas cautelares.* El artículo 384.2 permite a las partes exponer en ese acto todo lo que a su derecho convenga y, no cabe duda, de que al derecho del afectado le puede convenir prestar una caución para impedir que se adopte la medida cautelar instada por el actor. El debate previsto en el artículo 384.2 no limita la actuación del demandado a cuestionar exclusivamente la admisibilidad de las medidas cautelares, sino que podrá también extender su defensa a otros aspectos como la caución que haya de prestar el actor, o la existencia de alternativas menos gravosas para el propio demandado entre las que puede incluir la oferta de caución sustitutoria. Sobre todas estas cuestiones, el demandante también podrá opinar en la misma audiencia que se celebre. A estos efectos, el juez o tribunal habrá de conceder los necesarios trámites de réplica y contrarréplica para el actor, cuando el demandado pretenda enervar la cautela mediante la prestación de caución sustitutoria.

Tendrá que ser el afectado quien introduzca en el debate su oferta al respecto (sobre importe y tipo de caución); y tendrá igualmente la carga de justificar la procedencia de la sustitución de las medidas que, en este caso, aún no se han adoptado. Si, finalmente, el tribunal decidiera aceptar una caución sustitutoria, las medidas solicitadas por el actor no se adoptarían o podrían adoptarse condicionando su vigencia a la prestación de la caución⁽⁶³⁾.

2. *En el trámite de oposición a las medidas adoptadas sin audiencia del demandado.* Es el caso descrito en el artículo 391. El demandado podrá ofrecer caución sustitutoria en el escrito de oposición, que podrá articularse como causa única de oposición o bien como pretensión subsidiaria o alternativa al levantamiento o modificación de las medidas adoptadas.

⁽⁶³⁾ El auto judicial podría contener, en su parte dispositiva, un pronunciamiento del siguiente tenor: «Ordeno, como medida cautelar, el embargo preventivo de..., que podrá sustituirse, en el plazo de... días, por la prestación de una caución por el demandado, en alguna de las formas previstas por el artículo 387 del Código Procesal Civil, por importe de... tempiras».

3. *En cualquier momento posterior.* Una vez acordada la medida cautelar, el demandado puede ofrecer caución sustitutoria de la misma en cualquier momento, tanto en la primera instancia como en vía de recurso del proceso principal, aunque se haya ejecutado la medida cautelar. El único límite temporal viene establecido por la subsistencia de la medida, de manera que, ejercitada la acción ejecutiva en el proceso principal y producida la llamada «conversión» de la medida cautelar en medida ejecutiva, ya no es admisible la petición de sustitución.

Esta pretensión, al margen de los procedimientos de adopción de las medidas cautelares con audiencia previa y de oposición a las acordadas sin audiencia, tendrá que articularse a través de la modificación de medidas (art. 394) que se remite al procedimiento previsto para la oposición a las medidas (arts. 390 a 392).

b) Criterios para su concesión

La caución ofrecida ha de ser suficiente para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dicte (art. 391.1). Para decidir sobre su aceptación, el tribunal ha de atender a las circunstancias concretas del caso (art. 391.2). Este precepto, junto con otros relativos a las normas generales sobre las medidas cautelares, nos dan algunas pistas sobre los criterios a seguir a la hora de resolver sobre la aceptación o el rechazo de la caución sustitutoria. Como pautas para determinar la procedencia o no de la caución sustitutoria, deben tomarse en consideración, al menos, las siguientes:

1. *El fundamento de la pretensión actora y la apariencia jurídica favorable que pueda presentar la posición del demandado.* El juicio provisional e indiciario, favorable al fundamento de la pretensión actora, es uno de los presupuestos que ineludiblemente han de concurrir para adoptar alguna medida cautelar (351.2). Pero, la apariencia de buen derecho puede tener mayor o menor solidez; puede tener algunos puntos débiles. Se trata aquí de confrontar la apariencia de buen derecho de ambas posiciones (la del actor y el demandado); si la apariencia de buen derecho de este último contrarresta o debilita la del actor, sin que esta deje de ser suficiente para otorgar la tutela cautelar, debería optarse por la sustitución de la medida por una caución.

2. *La naturaleza y contenido de la pretensión de condena.* Si la pretensión actora tiene contenido económico, no cabe duda de que una caución sustitutoria garantiza la efectividad y el cumplimiento de la sentencia que pudiera recaer. La homogeneidad entre caución sustitutoria y pretensión del demandante facilita la sustitución. El problema se da en los casos en que no exista una patrimonialización del derecho vulnerado, como sucede en materia de estado civil y capacidad de las personas, en el ámbito de los derechos fundamentales (por ejemplo, en los supuestos de lesión del derecho al honor, a la intimidad personal o propia imagen) o en materia de propiedad intelectual; en estos supuestos, sobre todo si la medida cautelar tiene naturaleza anticipatorio, la regla será denegar la caución sustitutoria por ineficaz. Dicho de otro modo: toda vez que la tutela pretendida puede ser de contenido específico (hacer personalísimo, no hacer, entregar cosa determinada), si en estos supuestos se admitiera una caución sustitutoria se estaría desnaturalizando su finalidad puesto que, si bien garantizaría el cumplimiento de la sentencia

en el aspecto de prestación económica, no lo haría en lo relativo a la obligación u obligaciones específicas objeto de condena⁽⁶⁴⁾.

3. Los efectos colaterales que la medida cautelar pueda ocasionar sobre la actividad patrimonial y económica del demandado. Debe tenerse en consideración si la medida cautelar solicitada restringe o dificulta la actividad patrimonial y económica del afectado, de modo grave y desproporcionado respecto del aseguramiento que aquella medida representaría para el solicitante. Se trata de mantener el equilibrio entre la cautela adoptada y el menor perjuicio para el afectado, atendiendo conjuntamente a los principios de proporcionalidad y adecuación a que se refieren los artículos 354.a) y 357 del CPC. La desproporcionalidad justificaría la aceptación de una caución sustitutoria en supuestos tales como, por ejemplo, aquellos en los que la medida cautelar afecte gravemente derechos de terceros (laborales o de otra índole) o pueda desembocar en una innecesaria crisis económica del demandado. Hemos de tener en cuenta que las cautelas nunca han de convertirse en medidas que dañen irreparablemente y de forma extremada el patrimonio del deudor cuando puedan ser sustituidas, con la misma eficacia garantista, por una caución a cargo de este último.

En resumidas cuentas, puede concluirse que la caución sustitutoria de una medida cautelar prosperará con mayor facilidad cuando la medida trate de asegurar derechos predominante o exclusivamente económicos; cuando la situación jurídica afirmada por el peticionario, no obstante presentarse como verosímil, aparezca vacilante, dudosa o en alguna medida debilitada por la que sostiene el solicitado. Y también cuando la medida principal interesada por el peticionario sea desproporcionada en cuanto a la gravedad de los daños económicos o patrimoniales que causa al actor, siempre que la caución sea igualmente adecuada para garantizar la efectividad de la resolución definitiva.

c) Forma y cuantía

En cuanto a la forma y cuantía de la caución sustitutoria, habrá que acudir a lo dispuesto en el artículo 387, por la expresa remisión del artículo 391.2. Más difícil será aplicar las exenciones del artículo 388 al demandado que ofrezca una caución sustitutoria, pese a que la remisión del artículo 391.2 es, en general, a «lo establecido sobre régimen de la caución en este Título».

d) Resolución, efectos y recursos.

⁽⁶⁴⁾ Por ejemplo, si la parte actora pretende que se le entregue un determinado bien mueble, una medida cautelar adecuada sería la del secuestro del mismo (art. 355.4 del CPC); con ello se garantizaría sin duda el cumplimiento de la sentencia si fuere estimatoria (la puesta en posesión de la cosa: art. 881.1 del CPC), mientras que la sustitución de la medida por una caución dineraria no garantizaría la entrega del bien al actor una vez dictada sentencia sino, a lo sumo, su sustitución por una indemnización de daños y perjuicios (véase el art. 881.2 del CPC). *Otro tanto sucedería en caso de pretensiones relativas a la propiedad intelectual consistentes en la retirada de una obra literaria plagiada; la medida cautelar adecuada sería el depósito temporal de los ejemplares de la obra (art. 355.9 del CPC), mientras que una caución dineraria por parte del demandado serviría para legitimar la continuación de la actividad que se reputa ilícita en la demanda, pero no para asegurar el efectivo cumplimiento de una sentencia estimatoria.*

10. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

A) Responsabilidad objetiva del solicitante

El artículo 393 CPC establece que: “Cuando se admita la oposición del demandado, el tribunal acordare el levantamiento de la medida sin caución, podrá reclamarse la oportuna indemnización por los daños y perjuicios que, en su caso, hubiera producido la medida cautelar revocada. La determinación de los daños y perjuicios y su exacción seguirá los trámites previstos para ello en el procedimiento de ejecución forzada”.

La norma desarrolla una responsabilidad objetiva que sólo precisa la justificación de los daños y perjuicios. En cualquier caso, descartamos la posibilidad de indemnización de daños y perjuicios por culpa subjetiva.

El fundamento de la responsabilidad del solicitante se halla en la ilicitud (civil) de la medida acordada, y por ello la consecuencia de tal conducta que se adopta bajo la responsabilidad del deudor (artículo 350.2 CPC) no es otra que la obligación de satisfacer los daños y perjuicios causados. Téngase presente que la tutela cautelar no es sino una forma excepcional de protección de intereses en que el examen de sus presupuestos se realiza de forma provisional y condicionada basada en una apariencia o verosimilitud del derecho con un margen de error que debe ser asumido por el instante. Es el “precio a la rapidez” con independencia de que el recurso del solicitante a la “vía rápida” fuera o no negligente.

B) Supuestos

El art. 393 CPC regula “*strictu sensu*” la indemnización de daños y perjuicios para los supuestos de alzamiento de las medidas como consecuencia de la oposición formulada por el deudor. Sin embargo, los daños y perjuicios como regla para los casos de levantamiento de las cautelas no solamente se causan si (i) resulta estimada la oposición formulada, sino también (ii) cuando las medidas acordadas carecen de eficacia por no responder a su naturaleza instrumental derivada del proceso de declaración del que son accesorias. Al respecto, ha de significarse que su ámbito se proyecta a todos los supuestos de alzamiento de las medidas, bien sea por no presentación de la demanda dentro del plazo de diez días –artículo 352 CPC- o por dictarse sentencia absolutoria firme –artículo 396 CPC-.

C) Contenido

El artículo 393 CPC solo alude, genéricamente, a la indemnización de los daños y perjuicios, sin precisar su extensión y cuáles han de ser los conceptos que pueden incluirse en la petición.

Dentro del concepto de indemnización no se puede comprender las costas que tienen su regulación singular en el artículo 392.2, aun cuando le corresponda igualmente la

L. Alfredo de Diego Díez

protección derivada de la caución, pero responder a finalidades completamente diferentes.

La indemnización de los daños y perjuicios alcanza la "reparación integral" de los sufridos en un intento de potenciar al máximo la respuesta que permita neutralizar las consecuencias perjudiciales. Estos alcanzan no solamente a los perjuicios directos que la medida ha causado sino cualesquiera otros que aun cuando sean indirectos se derivan de la ilicitud de la cautela adoptado bajo el prisma de la responsabilidad objetiva "ex lege" impuesta por la norma.

Para ello habrá de justificarse: (a) Una relación de causalidad eficiente entre el daño y la cautela adoptada y (b) El quantum determinado conforme el procedimiento de liquidación establecido en el procedimiento de ejecución forzada. Este "quantum indemnizatorio" puede quedar integrado por los daños patrimoniales e incluso morales. En los patrimoniales habrá de ser tenido en cuenta tanto el daño emergente como el lucro cesante, es decir, las pérdidas sufridas como consecuencia de la adopción de la cautela (si ha sido una de cesación de la actividad, los beneficios que hubiera podido obtener por relación a los medios obtenidos precedentemente) como los desembolsos realizados para evitar mayores consecuencias negativas en su patrimonio (así la adquisición de otros artefactos o bienes cuando quedaron sujetos a un embargo preventivo o depósito, e incluso las costas impuestas en los incidentes previos, caso de que hubieran corrido a cargo del demandado). En cuanto al daño moral, éste puede comprender la falta de credibilidad comercial o personal.

D) Procedimiento

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

CAPÍTULO III

CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

1. INTRODUCCIÓN. Examen de las medidas cautelares específicas. A) Embargo preventivo de bienes. *i. Presupuestos. ii. Casos en los que procede.* 1. SUPUESTOS ESPECÍFICOS. 2. SUPUESTOS GENÉRICOS. 3. SUPUESTOS ESPECIALES. *iii. Especialidades según el tipo de bien objeto de embargo. iv. Depositario.* B) Prohibición de disponer. C) Intervención o Administración judicial de bienes productivos. *i. Disposiciones comunes a la intervención y la administración.* 1. SITUACIÓN JURÍDICA CAUTELABLE. 2. TIPOS DE MEDIDAS. 3. RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN A LA INTERVENCIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN. *ii. INTERVENCIÓN.* *iii. ADMINISTRACIÓN.* D) Secuestro de cosa mueble o semoviente. E) Formación de inventarios. F) Anotaciones registrales. *i. Anotación preventiva de demanda. ii. Otras anotaciones registrales.* G) Limitaciones temporales de actuación al demandado. *i. Cese provisional de la actividad. ii. Orden de abstención temporalmente de llevar a cabo una conducta. iii. Prohibición de cesar o interrumpir la realización de una prestación que viniera llevando a cabo.* H) Intervención y depósito de ingresos procedentes de actividad ilícita. I) Depósito de materiales, cantidades y ejemplares afectos a un régimen de exclusividad. J) Suspensión de acuerdos sociales. 2. LAS MEDIDAS CAUTELARES INDETERMINADAS. 3. MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS FUERA DEL LIBRO III DEL CÓDIGO. A) Procesos especiales por razón de la materia en el Código. *i. Juicio ordinario de impugnación de acuerdos sociales. ii. Juicio ordinario de competencia desleal. iii. Juicio ordinario de propiedad industrial. iv. Juicio ordinario de propiedad intelectual. v. Juicio ordinario sobre publicidad ilícita. vi. Procedimiento abreviado sobre calificación registral. vii. Procedimiento abreviado en arrendamiento financiero.* B) Procesos sobre capacidad de las personas. C) Procesos sobre filiación. D) Procesos de familia.

1. INTRODUCCIÓN

Entrando en el examen de las diversas clases de medidas cautelares, es de destacar que la regulación de los artículo 355 y siguientes del Código pretende establecer un único procedimiento, perfilando un régimen abierto de medidas cautelares y no un régimen limitado o cerrado. Coexisten en la nueva norma concretas medidas específicas, como son la mayor parte de las previstas en el artículo 355 CPC con las medidas indeterminadas o generales como son las previstas en el artículo 356 CPC o las que se encuentran dispersas a lo largo de todo el Código al regular cada uno de los diversos juicios ordinarios en función de la materia especial objeto de los mismos (competencia desleal, propiedad industrial, etc.). Contiene la nueva regulación la dicotomía “medidas específicas-medidas indeterminadas”.

Siendo la regulación del Código mucho más completa y ajustada que la actual de las providencias precautorias, ajustado las diversas y posibles medidas cautelares a la realidad actual del siglo XXI, tanto en su aspecto económico como en su aspecto social, sin embargo dicha regulación adolece de una excesiva fragmentación al encontrarse dispersas a lo largo de su articulado diversas medidas cautelares y por ello se puede generar una cierta confusión poco recomendable que puede generar una cierta inseguridad en la

L. Alfredo de Diego Díez

aplicación de la norma. En tal sentido, en los procesos especiales se siguen manteniendo concretas medidas cautelares, algunas justificadas por la materia, como ocurre con las previstas en los procesos sobre la capacidad de las personas (artículo 642), en los procesos sobre filiación (artículo 648) o las medidas provisionales de los procesos matrimoniales (artículos 658 a 660), y otras que carecen de tal justificación al venir referidas a medidas de contenido patrimonial perfectamente incluibles en la relación del artículo 355, tales como la formación de inventario en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales del artículo 670 y 671, o la tutela sumaria de los artículos 686 a 689 CPC.

Ello implica que el nuevo texto legal no acaba con la dispersión normativa, si bien claramente la atenúa. A pesar de ello se siguen manteniendo, dentro del propio Código Procesal Civil pero fuera de la regulación general del Libro III, medidas cautelares correspondientes a materias que se rigen por leyes especiales, como por ejemplo, de impugnación de acuerdos sociales (artículo 509), competencia desleal (artículo 519), propiedad industrial (artículo 527), propiedad intelectual (artículo 534) o publicidad (artículo 540). Por tanto se puede apreciar que la voluntad de generalización no ha calado totalmente en sede de las concretas medidas cautelares. Ciertamente mejora la situación anterior, en especial en sede de procedimiento, generando una mayor seguridad procesal en su tramitación, pero en ningún caso modifica profundamente el régimen legal anterior, sino que al contrario, en lo referente a las concretas medidas que pueden ser adoptadas, lo acepta acríticamente y eleva a categoría general lo que antes era una dispersión normativa específica en función del concreto tipo de materia objeto de medida cautelar.

El legislador ha optado por repetir en sede de las concretos tipos de medidas cautelares que pueden ser adoptadas, un esquema que la práctica había determinado como claramente insuficiente y distorsionador al contener tal cantidad de singularidades, según la materia de la que se trate, que por sí mismas genera una difícil tramitación y grandes dificultades en su adopción. Hubiera sido probablemente una mejor opción del legislador la de optar por el establecimiento de las medidas indeterminadas, las más adecuadas para su ajuste a la cambiante realidad social y económica y que la práctica diaria ha demostrado como las más eficaces y adaptables a las distintas situaciones que se plantean ante los tribunales. El artículo 355 CPC es un ejemplo claro de la resistencia por parte del legislador al abandono de prácticas seculares de nuestra legislación procesal al llevar a cabo una concreta enumeración de posibles medidas que no cierra las posibilidades de las medidas que se pueden adoptar.

No obstante se puede apreciar que el legislador tiene una voluntad clara a favor de las medidas indeterminadas, al amparo del artículo 356, conocedor sin duda de su eficacia, pero ensombrece la misma a través de la relación de concretas medidas del artículo 355. El propio artículo 355 es innecesario, dentro del contexto general de las medidas cautelares desarrollado en el Código, pues nada aporta de nuevo. Se limita a enumerar una serie de medidas cautelares, la mayor parte de ellas absolutamente aceptadas en la práctica forense, y para las que no habría ningún problema en su asunción por vía de indeterminadas. Las medidas cautelares específicas podrían quedar para su posterior concreción en las diversas leyes especiales, en función de las concretas y específicas necesidades que deben ser objeto de protección, haciendo bueno de esta forma el inciso

final del artículo 356, sin perjuicio de que el Código Procesal Civil unifique el procedimiento para su adopción, pero sin duda no es finalidad de una norma procesal la concreción de los tipos concretos de medidas que puede proteger a un derecho, sino la especificación del trámite procesal a través del cual se deben adoptar las específicas medidas cautelares, como tampoco puede una ley especial regular un procedimiento sino los mecanismos de protección de los derechos que en la misma se prevén.

No obstante lo anterior, cualquiera que sea la posición que se adopte, lo cierto es que el Código mezcla tanto las medidas indeterminadas como las específicas y por ello deben ser estudiadas en su concreta regulación legal, tanto por su finalidad como por las previsiones que dentro del Libro III se contiene para algunas de las medidas cautelares.

Sentadas las premisas anteriores, procede entrar al concreto examen de cada una de las medidas previstas en el ejemplificativo artículo 355 CPC. Para ello, a efectos sistemáticos es conveniente un examen individual de cada una de las concretas medidas, y separado de las mismas el examen de las medidas indeterminadas que el artículo 356 permite. Seguiremos a tal fin el mismo orden previsto en el artículo 355.

2. EXAMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS

A) Embargo preventivo de bienes (artículo 355.1°)

El embargo preventivo no es una figura desconocida en su regulación en el Derecho hondureño, tratándose de la medida cautelar por excelencia y una de las más utilizadas por su efectividad para garantizar los efectos de una sentencia estimatoria, en especial en sede de reclamación de cantidad o derechos de créditos, así como también al permitir garantizar la indemnización sustitutoria en caso de imposibilidad de ejecución de la sentencia en sus propios términos. Esta medida cautelar es la medida más destacada en el proceso civil al ir referida a pretensiones de condena dineraria y por tanto al mayor número de procesos en trámite, por tener una regulación más completa que otras medidas cautelares y por responder con precisión a la concepción teórica más estricta de las medidas cautelares dado su carácter instrumental y asegurativo de la sentencia definitiva que se dicte en el proceso. Nada hace pensar que esta posición destacada en el proceso civil vaya a ser perdida por parte del embargo preventivo, pues los motivos en los que se basaba tal prevalencia siguen perfectamente vigentes, sin perjuicio de la evidente incidencia que sobre la misma puede tener la nueva regulación de la ejecución provisional de las sentencias.

Al embargo preventivo se refieren los artículos 275 y 276 del Código de Procedimiento de 1906, limitándose el primero a señalar los supuestos en los que es posible decretar el embargo y el segundo de los artículos a fijar los límites del embargo así como la referencia legal a la normativa ejecutiva.

En el nuevo texto del Código, al embargo preventivo y secuestro se refiere el capítulo II del Libro III, artículos 358 a 366, que manteniendo la remisión a las normas del embargo en sede ejecución forzosa (artículo 358.4) sin embargo no solo participa de los efectos positivos del procedimiento cautelar unitario reflejado en el texto del Código, sino que también contiene una mejor regulación de esta materia, resolviendo algunas dudas

L. Alfredo de Diego Díez

derivadas de la parca legislación anterior.

a) Presupuestos

El objeto del embargo preventivo es quizás la única cuestión que puede considerarse común entre la anterior y la actual regulación de dicha institución. En tal sentido el mismo viene delimitado por el contenido del artículo 358, apartados 1 y 3 del Código:

1. El artículo 358.1 establece una *previsión específica* del objeto del embargo, al legitimar para ello al acreedor de deuda en dinero o en frutos, rentas y cosas fungibles convertibles en dinero por aplicación de precios ciertos. Se trata por tanto de la medida adecuada para garantizar la tutela cautelar de una pretensión dineraria, de manera que mediante la realización de esta medida cautelar por vía forzosa se obtendrá el efectivo necesario para hacer frente a la deuda pecuniaria objeto de reclamación y de condena.

2. Junto a esta *previsión concreta*, existe una *previsión general* contenida en el artículo 358.3 que establece que fuera de los casos del inciso anterior, también será preceptivo el embargo preventivo si, por las circunstancias del caso, resultare la medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.

La situación jurídica cautelable. Consiste en un derecho de crédito plasmado en una deuda en metálico, cualquiera que sea su origen, incluyendo las obligaciones dinerarias en moneda extranjera, así como el derecho de crédito derivado de una obligación genérica en la que las cosas debidas no se determinan por su individualidad sino por su pertenencia a una clase o categoría de cosas de carácter común con un concreto precio de mercado que permitiría su sustitución por una prestación de contenido económico concreto a través de una simple operación aritmética. Al igual que en la legislación anterior, no procede el embargo preventivo en los casos de obligaciones de hacer, de no hacer o dar cosas específicas, pues no se puede considerar la medida adecuada para la ejecución de la sentencia que se dicte.

La acreditación de esta situación jurídica cautelable podrá realizarse a través de cualquier medio de prueba válido en Derecho, aunque normalmente será la prueba documental la más apropiada para acreditar la deuda que justifica el embargo preventivo, pero sin excluir otros tipos de pruebas diferentes que lleven al tribunal a obtener la misma convicción.

El régimen jurídico aplicable a esta medida cautelar está previsto en el artículo 358.4 CPC, de tal manera que se regirá en primer lugar por las expresas previsiones del capítulo II del Libro III (artículos 358 a 366) y en lo no previsto expresamente por lo dispuesto para el embargo en sede de ejecución forzosa, en concreto los artículos 809 a 824 del Código.

b) Casos en los que procede

Dentro de la regulación del embargo preventivo son muy diferentes los casos en

L. Alfredo de Diego Díez

contrato bilateral en el que el acreedor haya cumplido con su parte (lo que supone una prueba excesivamente amplia que hasta cierto punto desvirtúa el contenido sumario del procedimiento cautelar y afecta al fondo del asunto) o en contrato bilateral en el que la obligación se haya establecido a plazos.

c) Ocultamiento de bienes por el deudor. Es el supuesto habitual en el que más incidencia tiene el peligro de demora, pues el actor puede tener dudas de que durante la tramitación proceso el deudor demandado trate de enajenar, ocultar o transportar sus bienes comprometiendo la garantía de la obligación, o bien que efectivamente haya llevado a cabo actuaciones de cualquier tipo que hayan disminuído la solvencia del deudor que tenía antes de concertar la obligación base de la reclamación. Es una previsión lógica para garantizar la efectividad ante una *actitud contraria a la buena fe por parte del demandado y que puede convertir, de no tomarse la medida cautelar, en ilusoria una hipotética sentencia condenatoria. En todo caso estaremos en presencia de un problema de prueba caso por caso.*

d) Inexistencia de seguro. Es una previsión establecida para los casos de responsabilidad civil, fundamentalmente extracontractual, y en el que el actor deberá llevar a cabo una acreditación sumaria, propia por otro lado de las medidas cautelares, de la existencia del daño que funda su reclamación (no así de la posible culpa del demandado), aun cuando el hecho básico para estimar la medida cautelar se centrará en la inexistencia de seguro, bien por *no contratación del mismo o bien por insolvencia o liquidación de la aseguradora. Por ello en aquellos casos en los que exista el seguro correspondiente, no procederá decretar el embargo preventivo.*

2) Supuesto genérico. Es el previsto en el artículo 358.3, según el cual: “Fuera de los casos del inciso anterior, también será procedente el embargo preventivo si, por las circunstancias del caso, resultare una medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado”.

Una de las principales novedades se contiene en el artículo 358.3 CPC, según el cual, también será procedente el embargo por la cual se permite la adopción del embargo preventivo, aun cuando no concurra la situación jurídica cautelable a la que se ha hecho referencia, en aquellos casos en los que resulte una medida idónea. Dicha idoneidad es evidente que hay que ponerla en relación con la efectividad de la tutela judicial de la eventual sentencia estimatoria de tal manera que en todo tipo de proceso, cualquiera que sea su objeto, se podrá solicitar como medida cautelar el embargo preventivo, con carácter subsidiario, es decir cuando no existe una medida de igual o superior eficacia para la finalidad pretendida en el proceso, y que no resulte menos gravosa para el demandado, y aun cuando no se reclame cantidad alguna ni derecho de crédito, sino que el objeto sea otro diferente, pero transformable por vía de incumplimiento en una indemnización de daños y perjuicios.

Al fijar este carácter subsidiario y una cierta preferencia sobre otras medidas cautelares igualmente posibles, hay que considerar que se han tenido en cuenta dos circunstancias. La primera es el hecho de que habitualmente el embargo preventivo es una medida de escasa onerosidad para el demandado, pues sólo supone la traba de determinados bienes, sin limitar

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

el derecho de disposición de los mismos por parte del propietario deudor y además es una medida fácilmente alzable a través de la consignación de las cantidades por las cuales se ha trabado el embargo preventivo.

En segundo lugar también hay que tener en cuenta que en múltiples ocasiones no es posible la ejecución de la sentencia en sus propios términos por la falta de cumplimiento voluntario, lo que impone la transformación del contenido de la sentencia en una indemnización de daños y perjuicios, especialmente en sede de ejecución de sentencias no dinerarias. Esta amplia previsión legal puede justificar sobradamente la adopción de la medida cautelar estudiada cuando pueda existir temor racional y fundado de que el demandado en caso de ser condenado no va a colaborar en la ejecución de la sentencia, de tal forma que durante la tramitación del proceso pueda ocultar o transmitir bienes con los cuales se podría hacer frente a la eventual indemnización derivada del incumplimiento, lo que lógicamente también puede ser protegido a través de las medidas cautelares.

3) *Supuestos especiales.* Como tales se pueden entender aquellos que no están previstos en las normas generales reguladoras del embargo, en especial no tienen cabida en ninguno de los supuestos del artículo 358.2 CPC, y sin embargo se prevén a lo largo del texto del Código y en ocasiones en leyes especiales. Como supuestos contenidos en el Código de Código Procesal Civil se puede señalar, a título de ejemplo el artículo 534 e) CPC, en sede de propiedad intelectual permite el embargo de los equipos, aparatos y materiales empleados para la comunicación o reproducción pública o el artículo 534 a) CPC, que autoriza el embargo del producto de espectáculos teatrales, cinematográficos o similares.

c) Especialidades del Código según el tipo de bien objeto de embargo preventivo

La mayor parte de la regulación del capítulo II referido al embargo preventivo se centra en regular las especialidades concretas de esta medida en relación con los diferentes tipos de bienes embargables. Siguiendo el orden fijado en el propio Código dichas especialidades son las siguientes:

a) *Embargo de bienes inmuebles (artículo 359).* Establece un régimen diferente según el bien inmueble esté o no inscrito en el Registro de la Propiedad. En el primer caso, el artículo 359.1 se limita a señalar que se procederá a su anotación en el Registro, surtiendo efectos desde la presentación del mandamiento, lo que no es sino una consecuencia propia del embargo de inmuebles, por ser elemento fundamental la publicidad del embargo para garantizar los efectos de la medida cautelar frente a terceros. En el caso de que el bien no esté inscrito en el Registro, el artículo 359.2 impone la notificación de la medida al deudor, produciendo efectos desde ese momento. Por último se establece en el artículo 359.3 una regla de interpretación dirigida al Juez en virtud de la cual, en el caso de que el bien produzca frutos y estos no hayan sido objeto de embargo, el nombramiento de depositario recaerá necesariamente en el propietario y no en un tercero, permitiendo de esta forma compaginar el embargo con el derecho de propiedad y el usufructo de la finca.

b) *Embargo de vehículo (artículo 360).* No presenta ninguna especialidad destacable, al ser normas dirigidas al depositario y a concretar las funciones del mismo en este tipo de

L. Alfredo de Diego Díez

embargos, según sea o no el propietario del vehículo, de tal manera que en el primer caso podrá utilizar el vehículo con la diligencia de un buen padre de familia (artículo 360.2) y si el depositario es un tercero, se dictará orden de inmovilización y no podrá ser utilizado el vehículo mientras no se levante el embargo trabado.

c) Bienes informáticos (artículo 361). El Código se limita a señalar el derecho del demandado afectado por el embargo de este tipo de bienes de retirar la información contenida en los soportes hábiles para almacenar información, centrándose por ello el embargo en estos concretos soportes y no en la información que se contiene en los mismos que es propiedad del demandado y carece de posibilidad de ser embargada.

d) Títulos valores (artículo 362). Al igual que en el embargo preventivo de vehículos, el artículo 362 CPC viene referido más a determinar las obligaciones del depositario que a regular algún tipo de especialidad en este embargo.

e) Derechos de crédito o bienes del deudor en posesión de tercero (artículo 364). En este caso el artículo 364, permite al tribunal una doble opción, bien ordenar al poseedor retener el pago a la orden del tribunal con el depósito de la cantidad en entidad financiera, o bien designar imperativamente al retenedor como depositario de los bienes embargados, asumiendo éste las obligaciones y derechos del depositario.

f) Bienes muebles, unidades de producción o de comercio y empresas (artículo 365). El artículo 365 se limita a señalar de forma expresa que este tipo de bienes pueden ser objeto de embargo, con la única salvedad de que en el embargo de muebles dentro de una empresa solo será posible si esta medida no afecta al normal desenvolvimiento de la empresa (artículo 365.1).

d) Depositario

El artículo 363 establece el régimen jurídico del depositario señalando: "*1. El depositario está en el deber de conservar los bienes en depósito o custodia en el mismo estado en que los reciben, a la orden del tribunal y con acceso permanente para la observación por las partes y por el funcionario judicial designado al efecto.*

2. Asimismo, darán cuenta inmediata al juez, bajo responsabilidad civil y penal, de todo lo que pueda significar alteración o deterioro de los objetos en depósito, sin perjuicio de lo que específicamente dispongan otras normas.

3. Cuando la naturaleza de los bienes embargados lo exija, teniendo en cuenta las características del bien y su productividad, se nombrará depositario, que habrá de asumir los deberes de custodia y conservación de los bienes con la debida diligencia, exhibirlos en las condiciones que se le indiquen y entregarlos a la persona que el juez designe, pues en otro caso se le removerá.

4. Cuando se trate de objetos de especial valor, o que necesiten de especiales cuidados, el depósito se realizará en la entidad pública o privada acreditada que resulte más adecuada.

5. Cuando el ejecutado fuere nombrado depositario, podrá autorizársele el uso de lo embargado que no sea incompatible con su conservación, así como su sustitución si lo

exige la naturaleza de las cosas o la actividad empresarial, pero sus frutos o rentas quedarán afectos a la ejecución, debiendo consignar mensualmente hasta el veinte por ciento (20%) de las rentas netas para cubrir el monto del reclamo.

6. El depositario podrá ser retribuido en el modo y cuantía previstos en este Código para los interventores y administradores”.

De conformidad con lo previsto en el artículo 363.3, procederá el nombramiento de depositario en aquellos casos en los que la naturaleza del bien embargado así lo exija, según sus características y productividad. En principio habrá que atender, como criterio delimitador, a la posibilidad de que el bien embargado pueda depreciarse en el mercado, disminuyendo su valor, o bien pueda incluso desaparecer o destruirse como consecuencia del uso ordinario del mismo, de tal forma que el nombramiento de depositario implique una medida adicional de garantía para el actor que solicita la medida cautelar, al asegurar el mantenimiento del mismo en condiciones productivas óptimas o evitar su desaparición. Lógicamente será una medida habitual en el caso de embargo de bienes muebles, y no tanto en el caso de embargo de inmuebles, dado que éstos, salvo que se constituyan como una unidad de producción agrícola o industrial, son de difícil destrucción o desaparición.

El nombramiento de depositario recaerá en persona física o jurídica que reúna las condiciones precisas para la conservación del bien con la debida diligencia. Tendrá normalmente preferencia en dicho nombramiento la persona del propio demandado, que de esta forma, en virtud de las obligaciones que corresponden a dicho cargo y las consecuencias civiles y penales derivadas del incumplimiento de sus obligaciones, se compromete con la propia medida cautelar y limita los posibles efectos negativos que el transcurso del tiempo puede tener sobre la cosa embargada. En todo caso, siempre que se proceda al embargo preventivo deberá designarse a un depositario, que en el caso de que sea una persona diferente del propietario del bien y se produzca la salida de dicho bien del patrimonio y poder de disposición del deudor, la medida cautelar cambiará su nombre por la de secuestro.

En este artículo se contiene una serie de referencias a las obligaciones del depositario, forma de designación así como derechos del mismo. Lo primero que es preciso destacar es que se trata de una norma que en principio no tiene mucho sentido en el lugar en el que se ubica sistemáticamente, pues hubiera sido más propio su situación en sede de ejecución de sentencias y no dentro de las medidas cautelares, pues los depositarios cumplen las mismas funciones de custodia, cualquiera que sea el momento en el que se lleve a cabo su nombramiento, siendo más propia su actuación en sede de ejecución forzosa.

Las obligaciones del depositario son:

- Conservación (artículo 363.1).
- Permitir el acceso para observación de las partes y por el funcionario judicial que se designe (artículo 363.1)
- Dar cuenta al juez de las posibles alteraciones o deterioros de objetos depositados (artículo 363.2)
- Custodia de los bienes con la debida diligencia (artículo 363.3).
- Entrega a la persona que el juez designe (artículo 363.3).

L. Alfredo de Diego Díez

Como derechos del depositario se pueden señalar:

- Autorización del uso del bien siempre que no sea incompatible con (artículo 363.5).
- Autorización de la sustitución del bien si lo exige la naturaleza de las cosas y de la actividad empresarial (artículo 363.5)
- Retribución en los mismos términos de los interventores y administrador (artículo 363.6).

B) Prohibición general de disponer (artículo 355.2º)

Se establece esta prohibición general de disponer como medida cautelar nominada en el artículo 355.2º CPC, y su desarrollo se lleva a cabo en el artículo 377, según el cual:

“1. En todos los casos en que habiendo lugar a embargo éste no pudiera hacerse efectivo por no conocerse bienes del deudor o por no cubrir éstos el importe del crédito reclamado, podrá solicitarse contra aquél la prohibición general de vender o gravar sus bienes, la que se dejará sin efecto siempre que presentase a embargo bienes suficientes o diere caución bastante.

2. El que solicitare la medida cautelar deberá expresar el nombre, apellido y domicilio del deudor, así como cualquier otro dato que permita individualizarla, sin perjuicio de los demás requisitos que impongan las leyes.

3. La prohibición de disponer sólo surtirá efecto desde la fecha de su notificación al deudor, y será inscrita en el registro correspondiente”.

Se trata de una medida que tiene su antecedente en la actual regulación de los artículos 277 a 279 CP de 1906, que contienen la prohibición de celebrar contratos, por lo que no se puede considerar desconocida en el Derecho hondureño. En la reforma que se contiene en el Código se amplía esta medida cautelar con relación a lo previsto en el Código de Procedimiento vigente, limitado a la celebración de contratos, mientras que en la redacción del Código se refiere a la prohibición de disponer, concepto más amplio que abarca no solo la disposición a título oneroso, propia de los contratos, sino también la disposición gratuita derivada de la donación o cualquier otro tipo de forma de transmisión admitida en Derecho, aun cuando el texto legal puede generar algún tipo de confusión. La finalidad última de la medida consiste en evitar que se transmitan bienes que pueden quedar sujetos al cumplimiento de la sentencia que se dicte, generando de esta forma una situación de insolvencia por parte del deudor.

Se trata de una medida cautelar con un ámbito limitado, pues solo será posible su apreciación con carácter subsidiario a la medida de embargo preventivo, al establecer el artículo 377.1 como ámbito objetivo de la medida aquellos casos en los que no puede haber lugar a un embargo, bien por no conocerse bienes del deudor o bien por no cubrir los bienes que puedan haber sido trabados el importe del crédito reclamado. Ello implica que tiene un ámbito limitado de apreciación por los tribunales como medida cautelar. Solo se podrá solicitar como medida propia y autónoma, y concederse en esos términos, cuando el propio actor manifieste los bienes que deben ser objeto de embargo y acredite su insuficiencia, o bien igualmente ponga en conocimiento del tribunal la inexistencia de ningún

tipo de bien como propiedad del deudor.

Se trata de una medida de futuro por cuanto supone una disminución de las futuras facultades de disposición sobre bienes que pueda adquirir el demandado, pues lógicamente en el momento de su adopción, a excepción de los bienes insuficientes que hayan podido ser embargados, ninguna eficacia tendrá.

Es igualmente una medida provisional, por cuanto su eficacia y vigencia queda limitada al mantenimiento de la situación de inexistencia o insuficiencia de bienes embargables, pues el artículo 377.1 CPC señala que se dejará sin efecto siempre que se presente a embargo bienes suficientes o diere caución bastante, lo que demostrará una vez más el carácter subsidiario y condicionado de esta medida cautelar. Esta previsión es lógica pues la prohibición de disponer supone una disminución de las facultades dominicales de disposición, que afecta al principio de la propiedad privada, y por ello su interpretación debe ser restrictiva, en cuanto limitación de un derecho del propietario del bien que solo tiene justificación mientras no exista una medida menos gravosa para el mismo como es el embargo preventivo.

El objeto de la medida cautelar, según el artículo 377.1 es la prohibición general de vender y gravar los bienes del demandado. Sin embargo el enunciado del artículo, así como y la referencia que en el artículo 377.3 se contiene a la prohibición de disponer, permite considerar que es posible la extensión a los actos de disposición a título gratuito, pues carecería de sentido que no se permita vender al deudor, acto con el que podría obtener dinero suficiente para el pago de la deuda, y sin embargo sí se le permitiese donar sus bienes, medio de transmisión de la propiedad que no genera ingreso alguno al deudor y que perjudica mucho más al acreedor.

Las únicas especialidades de esta medida cautelar, señaladas en el artículo 377.2 y 3 CPC, no aportan nada nuevo al régimen general de las medidas cautelares, pues tanto la necesidad de identificación exacta del deudor (artículo 377.2) como la eficacia de la medida desde la notificación al deudor y la inscripción en el Registro correspondiente, no son sino exigencias generales de las medidas cautelares en cuanto a la identificación y la necesidad de notificación de la medida cautelar al demandado, que a su vez no son sino expresiones generales comunes a todos los procesos y reguladas en la forma de la demanda y en los actos de comunicación en la parte general del Código.

Un subtipo de la prohibición general de disponer, en cuanto su objeto es más reducido, es la medida cautelar autónoma prevista en el artículo 379, de prohibición de innovar y contratar, que sin embargo no se incluye en la relación del artículo 355, lo que demuestra que la relación de este último artículo no es sino simplemente enunciativa y no cerrada. Señala el artículo 379:

“1. Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de procesos, siempre que existiere el peligro de que si se alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, esa modificación pudiera influir en la sentencia y convertir su ejecución en ineficaz o imposible. Esta medida tiene carácter supletorio, por lo que se concederá sólo cuando no resulte adecuada otra prevista en la ley.”

L. Alfredo de Diego Díez

2. Cuando por ley o por contrato, o para asegurar la ejecución forzada de los bienes objeto del proceso, procediese la prohibición de contratar sobre determinados bienes, el juez ordenará la medida. Individualizará lo que es objeto de la prohibición, disponiendo se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante.

3. Estas medidas quedarán sin efecto en cualquier momento en que se demuestre su improcedencia”.

Se trata de una medida cautelar que el propio artículo califica como supletoria por lo que solo se concederá en los casos en los que no sea posible acordar otro tipo de medida menos gravosa para el demandado. El artículo 379.1 se refiere a la prohibición de innovar, que lógicamente va dirigida a los procesos de modernización de explotaciones agrícolas o industriales, y está condicionada a que la modificación pudiera influir en la sentencia y convertir su ejecución en imposible. Por su parte el artículo 379.2 se refiere a la prohibición de contratar sobre determinados bienes, siempre que por ley o contrato procediese dicha medida. Se trata de una medida cautelar que afecta no a los actos de disposición del deudor, sino a los simples actos de administración ordinaria del mismo (arrendamiento, por ejemplo).

C) Intervención y administración de bienes productivos (artículo 355.3º)

El artículo 355.3º CPC describe entre las medidas cautelares nominadas la de *intervención o administración judicial de bienes productivos*. Esta doble medida cautelar, pues responde a fines diferentes, se desarrolla en el capítulo III, con unas normas generales comunes a ambas medidas (artículos 367 a 370 CPC) y normas especiales para la intervención judicial (artículos 371 a 373) y para la administración judicial (artículos 374 a 376).

a) Disposiciones comunes a la intervención y a la administración

Como ya se ha señalado están previstas en los artículos 367 a 370 CPC, los cuales tienen el siguiente contenido:

Artículo 367.- Intervención y administración judicial. 1. Además de las medidas cautelares de intervención y administración judiciales específicamente autorizadas por las leyes, podrán disponerse las medidas de intervención o administración judicial cuando se pretenda una sentencia de condena a entregar bienes a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que tenga interés legítimo en mantener o mejorar la productividad, o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer.

2. Se ordenará la administración judicial únicamente cuando se decrete el embargo de una empresa o grupo de empresas, o cuando se embargaren acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común, o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación.

3. Se ordenará la intervención judicial, cuando se embargaren los frutos, productos o recaudaciones de una empresa o unidad de producción.

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

Artículo 368.- Régimen general de la intervención o administración judicial. 1. *El auto que disponga una intervención o administración judicial fijará su duración, aunque la medida podrá ser prorrogada mediante la justificación sumaria de su necesidad, así como las facultades del interventor o administrador, que se limitarán a las estrictamente indispensables para asegurar el derecho que se invoque, debiéndose procurar la continuación de la explotación intervenida.*

2. *Para constituir la intervención o la administración judicial, se citará a comparecencia a las partes, a fin de que lleguen a un acuerdo o efectúen las alegaciones y pruebas oportunas sobre el nombramiento de interventor o administrador, persona que deba desempeñar tal cargo, exigencia o no de caución, forma de actuación, mantenimiento o no de la administración preexistente, rendición de cuentas y retribución procedente. En los extremos en que no exista acuerdo o medie oposición de alguna de las partes, el tribunal resolverá lo que estime procedente.*

3. *El tribunal designará uno o tres interventores o administradores, según la entidad y complejidad del caso, y fijará, asimismo, la retribución del interventor o administrador, que se abonará por el peticionario o, mediando circunstancias que así lo determinen, por el patrimonio intervenido, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida respecto a la parte que deba soportar su pago.*

Artículo 369.- Responsabilidad de la intervención y de la administración. 1. *El interventor y el administrador judicial serán responsables civil y penalmente, del cumplimiento de sus funciones, de la veracidad de la información que ofrezcan; asimismo, a los efectos de exigencia de responsabilidad, se asimilarán al depositario por las cantidades de dinero que recauden.*

2. *El afectado por la medida responderá civil y penalmente por su actitud de resistencia, obstrucción o violencia.*

Artículo 370.- Retribución. 1. *La actividad del administrador o interventor es de auxiliar judicial ocasional, la cual, si fuere mensual, no podrá exceder de la que percibiere, en su caso, un gerente con funciones de administrador en la empresa o en el bien productivo intervenidos.*

2. *La retribución se abonará por el peticionario o, mediando circunstancias que así lo determinen, por los productos del propio bien intervenido y se imputará a la que se fije como honorario final, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida respecto de la parte que deba soportar su pago.*

1) *Situación jurídica cautelable.* De conformidad con lo previsto en el artículo 367.1, se podrá solicitar esta medida en los siguientes casos.

1.º *Todos aquellos que pretendan sentencia de condena a entregar bienes a título de dueño o usufructuario, lo que supone extender dicha protección al usufructo, lo que es absolutamente lógico dada la finalidad de la medida y el directo interés del usufructuario de proteger la finca de la que obtiene ventajas patrimoniales por el citado derecho real.*

2.º *Por cualquier persona que pretenda obtener una sentencia de condena por cualquier título que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad. El*

L. Alfredo de Diego Díez

legislador opta por un concepto abierto de situación jurídica cautelable que va a permitir una adecuada utilización de la medida, eliminando los problemas que la restricción de la misma a la reclamación de la propiedad suponía. A través de esta vía habrá que considerar lícita la solicitud de la medida en los casos de copropiedad, división de la cosa común, sociedad, comunidad de bienes, etc, pues en todos estos casos, y otros que se puedan imaginar, existe un interés evidente en una adecuada gestión de los bienes productivos.

3.º Cuando la misma sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pueda recaer. Esta última previsión legal supone una ampliación profunda del ámbito de la medida cautelar en su concepción tradicional, pues va a permitir la posibilidad de extender la misma como un mecanismo más de garantía de la posible efectividad de la sentencia que se dicte en todo tipo de pretensiones, pues no se olvide que a través de esta vía se puede intentar proteger los efectos económicos directos o indirectos por vía de indemnización de cualquier sentencia que se pretenda obtener.

2. *Tipos de medidas previstas.* La nueva regulación legal ha llevado a cabo la unificación en una misma medida de dos medidas cautelares conceptualmente diferentes, la intervención y la administración de bienes productivos. No obstante su evidente relación y semejanza, conviene separar nítidamente ambos tipos de medidas.

La intervención de bienes productivos, supone el control judicial de la administración, pero sin que el demandado se vea privado de la misma. El control judicial queda limitado a evitar que a lo largo del procedimiento una actuación maliciosa o negligente del demandado haga que el bien pierda o disminuya su capacidad productiva y en consecuencia se vea desvalorizado. Además de ello, el artículo 367.3 CPC limita la posibilidad de solicitar la intervención a los casos de embargo de frutos, productos o recaudaciones de una empresa o unidad de producción.

La administración judicial de bienes productivos es un paso más sobre la intervención como medida de control, pues implica la directa sustitución del demandado en la administración de sus bienes, la cual pasa directamente a la persona designada judicialmente como administrador, el cual debe rendir cuentas de su gestión directamente al juez que acordó la medida cautelar. Se trata de una medida que sólo podrá ser aplicada en casos extremos o cuando el demandado interfiera o dificulte gravemente la labor del interventor judicial, por lo que, dada su gravedad, deberá ser adoptada con prudencia y por motivos muy justificados. Este carácter de última medida de protección no es desconocido por el artículo 367.2 CPC que señala que “únicamente” se acordará cuando se decrete el embargo de una empresa o grupo de empresas o cuando se embargaren acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social o de los bienes o derechos de una empresa o adscritos a su explotación.

3) Régimen jurídico común a la intervención y a la administración

⇒ *Procedimiento.* El artículo 368.2 CPC establece alguna especialidad en el procedimiento de adopción de esta medida cautelar, que lo diferencia ligeramente del procedimiento cautelar general del artículo 384. En tal sentido son de destacar las siguientes

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

diferencias:

En primer lugar, esta medida cautelar solo podrá ser adoptada con audiencia de ambas partes, lo que excluye la posibilidad de ser acordada inaudita parte, tal como se deduce de los términos imperativos “se citará a comparecencia” señalados en el artículo 368.2.

En segundo lugar, la finalidad principal de la comparecencia de las partes no es solo la de alegación y práctica de prueba, sino la de intentar llegar a un acuerdo sobre los diversos aspectos que deben ser objeto de la medida cautelar concreta que se ha solicitado, de tal manera que el juez solo deberá resolver en el caso de que no sea posible alcanzar acuerdo sobre alguna de las cuestiones que se señalan, quedando por otro lado vinculado por los convenios que las partes puedan llegar en dicho acto.

En tercer lugar se especifica claramente las cuestiones sobre las que se debe de intentar llegar a un acuerdo, o en su defecto ser resueltas judicialmente (elección del tipo de medida, persona que debe desempeñar el cargo, caución, forma de actuación, mantenimiento administración preexistente, rendición de cuentas y retribución).

⇒ *Resolución.* El auto resolviendo la medida cautelar, además de las exigencias normales que debe contener todo auto estimatorio, deberá contener necesariamente el siguiente contenido específico, teniendo en cuenta, que como señala el artículo 368.1 in fine, toda la decisión debe estar basada en el principio de continuidad de la explotación:

- Tipo de medida, intervención o administración (368.2).
- Duración (368.1)
- Persona que debe ejercer el cargo (368.2).
- Número de interventores, que podrán ser 1 ó 3 según la entidad y complejidad del caso (368.3)
- Facultades del interventor o administrador, que serán las absolutamente indispensables para asegurar el derecho que se invoque (368.1).
- Mantenimiento o no de la administración preexistente (368.2).
- Retribución del interventor o administrador (368.2).
- Rendición de cuentas del nombrado (368.2).
- Importe de la caución (368.2).

⇒ *Derechos y obligaciones del interventor o administrador:* Con independencia de las funciones propias de cada uno de los cargos que se examinarán posteriormente, dentro de las normas generales se establecen una serie de derechos y obligaciones comunes que es preciso examinar.

⇒ *Derecho a la retribución.* Su regulación está prevista en el artículo 370 CPC. Su apartado I califica al interventor o administrador como auxiliar judicial ocasional, limitando la retribución máxima, en caso de ser mensual la actividad, a la cantidad que percibe en la empresa o bien productivo intervenido un gerente con funciones de administrador. Su abono, como señalan repetidamente tanto el artículo 370.2 como el artículo 368.3 CPC, corresponderá al peticionario y solo en circunstancias excepcionales

L. Alfredo de Diego Díez

procederá su abono a cargo de los productos del bien intervenido. Se trata de una liquidación a cuenta de sus honorarios finales.

⇒ Responsabilidad del interventor o administrador. El artículo 369 CPC declara la responsabilidad civil y penal de las personas designadas para estos cargos en relación al cumplimiento de las funciones que tienen asignadas y de la veracidad de la información que ofrezcan al tribunal y a las partes, asimilándose en esta responsabilidad al depositario con relación a las cantidades que recauden en el ejercicio de estas funciones.

b) Intervención

La intervención de bienes productivos supone el control judicial de la administración, pero sin que el demandado se vea privado de la misma, sino que al contrario la conserva, de forma que coexisten en la empresa ambas figuras: el administrador ordinario de la misma, que ve sometida su actividad empresarial diaria al control del interventor judicial, quien, como señala el artículo 371, "tomará conocimiento de todas y cada una de las operaciones que realice el administrador y podrá oponerse a ellas". Su régimen jurídico se contiene en los artículos 371 a 373:

Artículo 371.- Contenido de la intervención de bienes. Con la medida de intervención de una empresa o de bienes productivos, sin alterar la administración existente, el interventor tomará conocimiento de todas y cada una de las operaciones que realice el administrador y podrá oponerse a ellas.

Artículo 372.- Obligaciones del interventor. El interventor judicial está obligado a:

1.º Verificar el funcionamiento y conservación de los bienes intervenidos, sin interferir ni interrumpir las labores propias del administrador.

2.º Llevar el control de ingresos y egresos.

3.º Informar en los plazos señalados por el juez, del desarrollo regular de la intervención.

4.º Informar de inmediato al juez sobre aquellos aspectos que considere perjudiciales o inconvenientes a los intereses de quien ha obtenido la medida cautelar, entre ellos la falta de ingresos, la resistencia e intencional obstrucción que dificulte o impida su actuación.

Artículo 373.- Práctica de la intervención. 1. El funcionario judicial respectivo notificará el auto de nombramiento del interventor poniéndolo en posesión del cargo, expresando al administrador de la empresa o del bien intervenidos la forma y alcances de la medida, las facultades del interventor y la obligación de atender a sus requerimientos dentro de los límites establecidos por el tribunal.

2. El interventor redactará acta en presencia del afectado, incluyendo un inventario de los bienes y archivos, en la que el intervenido podrá dejar constancia de sus observaciones respecto de la medida. Si el afectado rehusare firmar, se dejará constancia de su negativa.

3. La intervención se anotará en el Registro Mercantil en el caso del artículo 355 No. 3.

La labor propia del interventor es de control e información, tal como se deduce de las facultades que el mismo le señala el artículo 372 CPC:

⇒ Control. El mismo se desarrolla sin interferir ni interrumpir las labores propias del administrador, por lo que éste tiene el pleno control de la gestión de la empresa en el que no puede influir directamente el interventor. Las facultades de control se configuran por su obligación de verificar el funcionamiento y conservación de los bienes intervenidos (artículo 372.1º) y el llevar el control de los ingresos y egresos (artículo 372.2º).

⇒ Información. La misma va dirigida al juez que adoptó la medida cautelar y que es en último término quien se encarga del control final la medida cautelar. Se desarrolla en dos campos, la información regular en los plazos marcados judicialmente (artículo 372.3º) y la información puntual al juez de los aspectos que considere perjudiciales o inconvenientes a los intereses de la parte que ha solicitado la medida cautelar, en especial la falta de colaboración y obstrucción del demandado que dificulta su labor (artículo 372.4º).

Conforme indica el artículo 373 CPC, el auto deberá ser notificado al deudor, debiendo ponerse judicialmente en el cargo al depositario o interventor y comunicar al demandado las funciones del nombrado y el deber de colaboración que es exigible al deudor con respecto al nombrado para el cargo. El interventor deberá redactar un acta de su toma de posesión, en la que se incluya un inventario de los bienes y archivos, en el que tendrá intervención el propio deudor que podrá efectuar las alegaciones que considere oportunas. Se procederá a la anotación de la intervención en el Registro Mercantil.

c) Administración

La administración judicial de bienes productivos es un paso más sobre la intervención como medida de control, pues implica la directa sustitución del demandado en la administración de sus bienes, la cual pasa directamente a la persona designada judicialmente como administrador, tal como establece el artículo 374.1 CPC cuando señala que sustituirá al administrador preexistente. Se regula en los artículos 374 a 376:

Artículo 374.- Contenido de la medida de administración de bienes. 1. Cuando se acuerde o se nombre la administración judicial de una empresa o de bienes productivos, se sustituirá al administrador preexistente y los derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades del administrador judicial serán los que correspondan con carácter ordinario a aquél. Sin embargo, el administrador judicial necesitará autorización del juez para enajenar o gravar bienes inmuebles, participaciones en la empresa o de ésta en otras o cualquier otro acto que por su naturaleza o importancia el juez hubiere expresamente señalado.

2. Se anotará la administración judicial en el Registro de la Propiedad cuando afectare a bienes inmuebles.

Artículo 375.- Obligaciones del administrador. El administrador judicial está

L. Alfredo de Diego Díez

obligado, según se trate de un bien o empresa o unidad productiva, a:

- 1º Gerenciar el bien embargado, con sujeción a su objeto.*
- 2º Realizar los gastos ordinarios y los de conservación.*
- 3º Cumplir con las obligaciones laborales que correspondan.*
- 4º Pagar tributos y demás obligaciones legales.*
- 5º Formular los balances y las declaraciones juradas dispuestas por ley.*
- 6º Proporcionar al juez la información que éste exija, agregando las observaciones sobre su gestión.*
- 7º Poner a disposición del tribunal las utilidades o frutos obtenidos.*
- 8º Las demás señaladas por este Código y por la ley.*

Artículo 376.- Práctica de la medida de administración de bienes. 1. El funcionario judicial notificará el auto de nombramiento del administrador poniéndolo en posesión del cargo, y requerirá al administrador preexistente para que cese en la administración que hasta entonces llevara. El administrador judicial levantando acta en la que se incluirá un inventario de los bienes y archivos y del estado de la administración. Si el afectado no quisiera firmar, se dejara constancia de su negativa.

2. Si surgieran discrepancias respecto de los actos del administrador, serán resueltas por el Juez, tras oír a los afectados y sin perjuicio del derecho de oponerse a la cuenta final que habrá de rendir el administrador.

3. Dicho administrador presentará una cuenta final justificada, de la que se dará vista a las partes, que podrán impugnarla en el plazo de cinco días, prorrogable hasta treinta atendida su complejidad. La oposición a la cuenta final del administrador se resolverá mediante auto, que se dictará tras la celebración de una audiencia a la que serán citados los interesados y será recurrible en apelación.

Las obligaciones del administrador se describen detalladamente en el artículo 375 CPC, tratándose de funciones propias de la gerencia del negocio (gerencia el bien embargado, realización de gastos ordinarios y de conservación, pago de las obligaciones laborales, pago de tributos, formulación de la contabilidad de empresa), funciones de información al juez (375.6.º y 375.7.º). Además de las obligaciones anteriores, el artículo 374.1.º CPC impone un control judicial de su gestión, pues necesita autorización expresa del juez que adoptó la medida para enajenar o gravar bienes inmueble o participaciones de la empresa.

Conforme indica el artículo 376 CPC, el auto deberá ser notificado al administrador cesado, requiriéndole expresamente al mismo para que cese en la administración que llevara, debiendo ponerse judicialmente en el cargo al administrador judicial. El administrador deberá redactar un acta de su toma de posesión, en la que se incluya un inventario de los bienes y archivos, en el que tendrá intervención el propio deudor que podrá efectuar las alegaciones que considere oportunas. Se procederá a la anotación de la intervención en el Registro Mercantil (374.2).

Por lo que respecta a la rendición final de cuenta, el artículo 376.3 CPC, exige al administrador la presentación de una cuenta de administración detallada, de la que se dará traslado al demandado, quien podrá impugnarla, en el plazo de cinco días prorrogable a

treinta según la fuerza mayor. La oposición se resuelve por auto tras la celebración de una vista. Contra el auto cabe recurso de apelación.

D) Secuestro de cosa mueble o semoviente

El artículo 366 CPC regula el secuestro judicial como una modalidad del embargo preventivo, señalando que: *“1. Procederá el secuestro de los bienes muebles o semovientes objeto del proceso cuando se pretenda la condena a su entrega y se hallen en poder del demandado, siempre que se presenten instrumentos que hagan verosímil el derecho cuya efectividad se quiere garantizar.*

2. Procederá el secuestro, con igual condición, cuando sea indispensable para proveer a la guarda o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia.

3. El juez designará depositario a la institución oficial o persona que mejor convenga, fijará su remuneración y ordenará el inventario, si fuese indispensable.

4. El secuestro se regirá por las normas establecidas para el embargo en la medida en que le sean de aplicación”.

El secuestro judicial, o depósito judicial de los bienes embargados de forma preventiva, es una especie del embargo, que se diferencia de este en su objeto y en la salida del bien del patrimonio del deudor mientras dure la medida cautelar acordada. Se caracteriza por constituir una privación de la posesión de un bien a su propietario para asegurar el objeto del proceso que es la propia cosa. Tal posición ha quedado marcadamente señalada en el artículo 366.1º CPC que condiciona la solicitud de la medida sólo en los casos en los que la demanda pretenda la condena a la entrega de la cosa mueble, e impone que la misma esté en posesión del demandado. No procederá la medida, por tanto, cuando la pretensión que se ejercite en el proceso no afecte a la posesión de la cosa mueble, ni en los casos en los que el objeto litigioso se halle en poder de un tercero diferente del demandado, cualquiera que sea el título en el que se funde la posesión del tercero.

En tal sentido el artículo 366.1 lo considera una medida idónea en los casos en los que se pretenda la condena a la entrega de un bien mueble o semovientes, y estos se hallen en poder del demandado. Con el secuestro judicial y el nombramiento de depositario en la institución oficial o persona que considere conveniente el juez (artículo 366.3), el bien mueble embargado deberá necesariamente ser entregado al depositario, que nunca podrá ser el propio deudor o demandado que tenga en su posesión el bien, pero sí el propio actor, que lo recibe y custodia hasta que se resuelva definitivamente el proceso principal en el que se adopta esta medida cautelar, saliendo el bien de la esfera de control del demandado y garantizándose de este modo la efectividad de una hipotética sentencia que reconociese al actor el derecho a recibir la cosa secuestrada.

Es una medida que recaerá sobre bienes muebles o semovientes considerados en sus términos estrictos, lo que excluye por un lado a los inmuebles y por otro a bienes que se asimilan a los muebles (como el dinero o títulos valores), para los cuales la medida se limitará al embargo preventivo de los mismos.

L. Alfredo de Diego Díez

No obstante la dicción del artículo 366.1 CPC, que parece dar a entender que solo se dará el secuestro en los casos de pretensión de entrega de la cosa, tal especialidad quiebra con la previsión del artículo 366.2, que extiende la posibilidad de secuestro en los casos en que el mismo resulte indispensable para proveer a la guarda o conservación de las cosas para asegurar el resultado de la sentencia, lo que lo configura como una medida cautelar amplia, extensiva a todas las diferentes pretensiones procesales que se ejerciten en el proceso, si bien con el límite por un lado de que sea de bienes muebles o semovientes y por otro que resulte imprescindible para asegurar la efectividad de la sentencia, lo que no equivale únicamente a la petición de entrega de la cosa, sino también a los otros casos en los que es un mecanismo imprescindible por ejemplo para evitar que se siga produciendo los efectos perjudiciales para el derecho del solicitante de la medida cautelar (por ejemplo, secuestro de ejemplares o de medios técnicos de reproducción).

La prueba de la importancia de esta medida cautelar en sede de propiedades especiales la da el hecho de que se prevé como medida expresa en:

* Propiedad industrial en el artículo 527.2.c) (El secuestro de los objetos producidos o importados con violación de su derecho, y de los medios exclusivamente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado).

* Propiedad intelectual, en el artículo 534.3 (El secuestro temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual, así como el secuestro del material empleado para su producción) y 534.4 (El secuestro del material empleado exclusivamente para la reproducción o comunicación pública. En el caso de los programas de ordenador, se podrá acordar el secuestro de los utilizados).

* Arrendamientos financieros, en el artículo 618.1 (Cuando se interpongan pretensiones basadas en el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero o de venta a plazos de bienes muebles, el tribunal a petición de parte ordenará, al admitir la demanda, el secuestro del bien cuya entrega se reclame. No se exigirá caución al demandante para la adopción de estas medidas cautelares, ni se admitirá oposición del demandado a las mismas. Tampoco se admitirán solicitudes de modificación o de sustitución de las medidas por caución).

E) Formación de inventarios (artículo 355.5º)

El número 5.º del artículo 355 CPC permite solicitar como medida cautelar *“La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga”*.

Es preciso distinguir la formación de inventario como auténtica cautela, de aquellos otros supuestos en los que tal medida se integra en procesos autónomos, como una fase más de los mismos y sin la auténtica categoría de medida cautelar. Habitualmente se ha venido acordando en determinados procesos de liquidación como un requisito previo y necesario para el buen fin del proceso, pudiéndose dudar de su condición de medida cautelar.

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

El Código mantiene la dicotomía señalada anteriormente, de tal forma que se establece como una medida cautelar específica por un lado, y por otro se incluye la regulación de concretos inventarios de bienes en determinados procesos especiales, como es el caso de la liquidación del régimen económico matrimonial (artículos 671 y 672 CPC). En este último caso, así como en otros que puedan estar establecidos en el Código o en leyes especiales, no se trata de una verdadera medida cautelar sino de una fase procesal del concreto procedimiento y por ello habrá que estar a las concretas condiciones se establecen en las normas procesales que regulan tales procesos especiales, que tienen plena autonomía, sin que se puedan aplicar de forma supletoria las previsiones establecidas para las medidas cautelares en relación al procedimiento y a los presupuestos.

La única medida cautelar que debe ser considerada como tal es la prevista en el artículo 655.5º CPC, el cual es bastante parco en su regulación, al no establecer ningún tipo de criterio a la hora de su aplicación, ni en la forma que debe adoptar la formación de dicho inventario ni en los procesos en los que se puede acordar en función de la tutela pretendida. Únicamente establece que se realizarán en las condiciones que el tribunal establezca. Podrá adoptarse por tanto, en cualquier tipo de procedimiento, cualquiera que sea la pretensión que se pretenda en el mismo, siempre que el inventario sea necesario para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse por la sentencia estimatoria (artículo 350.1 CPC). La libertad del tribunal a la hora de la fijación de las bases para el inventario impide que pueda sostenerse un criterio general, por lo que habrá que acudir a los concretos casos en los que pueda ser planteada la medida. Lo que sí es necesario es que en el auto de adopción de la medida cautelar se fije claramente la forma en la que se debe realizar el inventario, pudiéndose considerar lícita la remisión a otras normas del Código Procesal Civil o del Código Civil en las que se desarrolle los mecanismos normales de formación de inventarios.

F) Anotaciones registrales (artículo 355.6º)

Señala el artículo 355.6º CPC que se podrá solicitar como medida cautelar “La anotación preventiva de la demanda, y otras anotaciones registrales si la publicidad registral es útil para garantizar el cumplimiento de la ejecución”. Se distingue dentro de este número dos tipos de anotaciones diferentes, que son procedentes analizar por separado, dada la mayor importancia de la figura de la anotación preventiva de demanda, sin duda la más habitual en el proceso ordinario.

a) Anotación preventiva de demanda

Jurisprudencia. STC 202/1987. La anotación preventiva de demanda, según los preceptos hipotecarios antes reseñados, se configura como un asiento en el Registro, de eficacia temporal limitada al tiempo del proceso judicial, relativo a derechos no inscribibles, que tiende a garantizar el ejercicio de una acción y a evitar la inutilidad del fallo, haciendo posible su ejecución. Constituye, pues, una garantía, cuya constancia registral favorece, por el juego de la fe pública, que el derecho o interés de la parte se mantenga seguro frente a posibles terceros. Pero no constituye una pretensión autónoma, sino, como antes se dice, una garantía para la efectividad del derecho material que se discute en el proceso.

ATC 406/2003. Este peculiar asiento registral, que anuncia la pendencia de un proceso cuya

L. Alfredo de Diego Díez

decisión final puede implicar la ineficacia o inoperancia jurídica de los títulos inscritos con posterioridad, en el caso de que se demande en un proceso judicial la propiedad o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier otro derecho real sobre un bien inmueble. [...]

De este modo, a través de la publicidad registral que garantiza la anotación preventiva, se consigue cautelarmente, frente a los actos posteriores que puedan perjudicarlos, preservar los derechos inscritos del demandante de amparo afectados por la vulneración del derecho fundamental objeto del proceso constitucional.

Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.º), de 25 de febrero de 2002 (AC 2002\642), puntualiza, también para una medida de anotación preventiva de demanda, cómo ha de calcularse la cuantía de los daños y perjuicios que puede causar: “se impugna también la cuantía de esta caución y se solicita que se eleve a trece millones de pesetas que es el importe del valor de adjudicación de la finca hipotecada; hay que precisar, sin embargo, que la caución no trata de asegurar este valor ni su abono, sino los perjuicios que la restricción que lleva consigo la medida (en orden a la limitación de las posibilidades de disposición del bien al que afecta, fundamentalmente) puede ocasionar, perjuicios que no guardan relación con dicho valor, por lo que éste no es un criterio de referencia idóneo para fijar la cuantía de la contracautela, y a falta de otros datos y alegaciones sobre los perjuicios concretos que esa limitación pueda producir, debe considerarse suficiente la caución exigida en la resolución impugnada”.

⇒ *Naturaleza procesal.* Al igual que ocurría con la formación de inventarios, la medida cautelar de anotación preventiva de demanda no tenía una regulación específica ni un reconocimiento concreto en el ámbito del Código de procedimiento de 1906 todavía en vigor. No existía norma alguna que hiciese mención a esta medida cautelar, sin perjuicio de que la misma sea una de las de mayor grado de solicitud en las demandas, y al mismo tiempo una de las medidas más adoptadas por los tribunales actualmente.

La primera cuestión que es preciso señalar es el alcance registral o procesal de esta medida cautelar. En tal sentido, aun cuando tenga incidencia en el Registro público correspondiente, no cabe duda de que se trata de una medida cautelar de contenido netamente procesal y por ello vinculada al objeto del proceso en el que se adopta. Es una medida que desempeña un papel decisivo en el proceso, dado que la misma busca extender el alcance de la eficacia subjetiva de la sentencia con el único fin de asegurar su ejecución. La anotación de demanda es una medida que suspende de forma relativa el juego de la fe pública registral, pues el titular del bien o el derecho puede seguir transmitiendo y el tercero que inscribe queda protegido frente a todos menos frente al anotante. Lo decisivo por tanto de la anotación preventiva de la demanda es lograr el acceso registral de la sentencia, de tal forma que la misma pueda ser ejecutada íntegramente. Esta finalidad no es olvidada ni modificada en el Código. Simplemente el artículo 355.6º reconoce su condición de medida cautelar de contenido procesal al incluir la misma dentro del ámbito de las medidas cautelares específicas, trasladando por tanto al espacio procesal una medida que estaba dispersa en la legislación de corte registral.

⇒ *Situación jurídica cautelable.* Con relación a esta cuestión el Código mantiene un criterio que puede considerarse restrictivo, pero que sin embargo no lo es tanto como aparenta en un principio. El artículo 355.6º se refiere de forma genérica a la anotación preventiva de demanda, sin condicionar el contenido de la acción que en la misma se

ejercita, lo que parece entrar en contradicción con el contenido del artículo 378 CPC que expresamente limita el ámbito de esta medida al señalar que “Procederá la anotación de demanda cuando se dedujere una pretensión que pudiere tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el Registro correspondiente”.

No obstante lo anterior, no se da tal confusión en modo alguno, pues simplemente hay que entender que el artículo 378 CPC es una especie de la medida cautelar general de anotación preventiva de demanda, pues en modo alguno establece un término imperativo, sino que se limita a recordar la finalidad fundamentalmente de publicidad de la medida que se acuerda, y por ello la necesidad de que la pretensión afecte a un Registro público, cualquiera que sea el mismo. De la afirmación anterior se pueden derivar dos consecuencias.

En primer lugar que puede ser solicitada en todo tipo de procesos y cualquiera que sea la pretensión que en los mismos se contenga, para lo que habrá que acudir a la medida genérica del artículo 355.6º CPC, si bien el juez deberá condicionar su concesión a la posibilidad de una efectiva publicidad de la medida. En segundo lugar, el texto legal utiliza una fórmula que es válida por su amplitud para cualquier tipo de anotación en cualquier Registro público. A su vez de esta conclusión se obtiene una directa consecuencia, que no es otra que la afirmación de que la anotación preventiva que se solicite debe ajustarse a las concretas exigencias de la legislación registral vigente. Por tanto la situación jurídica cautelable estará en función de la pretensión del proceso y su acomodo a las concretas previsiones legales del Registro público en el que se pretenda la anotación de la demanda.

⇒ *Distorsión de la medida por la nueva regulación.* Como el resto de las medidas cautelares previstas en el artículo 355, la anotación preventiva de demanda se somete al procedimiento general para su adopción. Pero sí existe una medida en la que es procedente que se acuerde sin audiencia del demandado, esta es precisamente la anotación preventiva de demanda, dada la escasa trascendencia de la medida, meramente publicitaria frente a terceros pero que en ningún caso privaba a la parte de sus derechos dominicales con relación al bien sobre el que recaía la anotación.

El texto del Código no establece excepción alguna con relación al trámite para adoptar la medida, incluyendo al previa audiencia del demandado. No cabe duda alguna que dicha audiencia previa afecta directamente a la propia eficacia de la medida cautelar, en este concreto caso, pues si se pretende una garantía de publicidad frente a terceros, tal finalidad puede verse frustrada en el periodo de tiempo que medie entre la comunicación al demandado y el desarrollo de la vista para audiencia de las partes. Ello implica que, en esta concreta medida, y para asegurar el buen fin de la misma y su eficacia real, la anotación preventiva de demanda debe ser una de las más cualificadas excepciones al régimen general de audiencia del demandado, y por ello deberá adoptarse inaudita parte, previa comprobación de la concurrencia de los requisitos exigidos para su adopción, no tanto por razones de urgencia, como por si se compromete con la audiencia previa el buen fin de la medida cautelar.

L. Alfredo de Diego Díez

b) Otras anotaciones registrales

El segundo inciso del artículo 355.6° se refiere a otras anotaciones registrales si la publicidad registral es útil para garantizar el cumplimiento de la ejecución. Este apartado establece una medida de carácter amplio y abierto con la que se pretende cerrar el sistema de las anotaciones registrales. La ley se hace eco de la mayor importancia de las anotaciones preventivas de demanda, como medida más usual en la práctica forense, pero no puede desconocer que existen otro tipo de anotaciones con diferentes finalidades y que se encuentran previstas en normas dispersas. En todo caso, esta medida cautelar tiene la misma finalidad que la anterior, esto es, la publicidad del proceso frente a terceros. Los ejemplos de cada uno de los diferentes tipos de anotaciones registrales deberán ser buscados en cada una de las normas vigentes. A título meramente ejemplificativo se pueden señalar, dentro del propio texto del Código:

- Anotaciones registrales que procedan en propiedad industrial, tal como autoriza el artículo 527.2.e).
- Anotación en procedimientos sobre calificación registral, prevista en el artículo 610 CPC.

Dada la finalidad última ya señalada de mera publicidad de la situación procesal pendiente, la medida goza de gran amplitud y por ello únicamente la anotación deberá cumplir con la exigencia legal de su relación con la necesidad de garantizar la tutela judicial última del proceso. Aún siendo una medida específica, dada su gran generalidad, podría considerarse incluso casi como una medida indeterminada y en todo caso habrá que estar a la concreta solicitud y en caso de coexistir previsiones concretas en otras normas en vigor diferentes de las previsiones del Código, procederá acudir al cumplimiento de las exigencias legales concretas para cada caso. Igualmente la amplitud de las mismas impone que puedan ser utilizadas en todo tipo de procesos y cualquiera que sea la acción que se ejercite en los mismos, siempre que guarde la ya citada relación con la finalidad de asegurar la tutela judicial.

G) Limitaciones temporales de actuación al demandado

Señala el artículo 355.7° CPC una serie de medidas cautelares que suponen en general una limitación temporal a la actuación del demandado, señalando literalmente dicho artículo que *“La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad, abstenerse temporalmente de realizar una conducta, o de prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo”*. El artículo 355.7° CPC contiene un conjunto de medidas diferentes entre sí, que sólo tienen en común dos características, una la de ser adoptado por orden judicial y dos que se trata de limitaciones temporales del obrar, activo o pasivo, del demandado. Teniendo en cuenta los diferentes tipos de medidas cautelares que se unifican en este apartado del artículo 355, procede llevar a cabo un examen individualizado de cada uno de ellos.

a) Cese provisional de la actividad

Con esta medida se persigue paralizar provisionalmente la realización de aquellos

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

actos que en principio se presentan como transgresores de un ámbito de exclusividad reservado al titular del derecho, y que, lejos de agotarse en su ejecución, sea previsible que vayan a seguir causando sus efectos ininterrumpidamente y de forma continuada, o que vayan a repetirse de forma reiterada por hallarse incardinados en una determinada actividad industrial o comercial del demandado que tenga una continuidad potencialmente indefinida. Supone una limitación general al hacer del demandado, y es la de mayor utilización en la práctica forense y a la que más veces se refiere la legislación especial.

La importancia de esta medida concreta se demuestra en el desarrollo posterior del Código en la regulación dentro de los procesos según la materia de las diversas medidas cautelares que de forma autónoma se vienen a establecer, de tal manera que se explicitan la posibilidad de cese provisional de actividades en los siguientes casos:

- ♦ Cesación provisional de los actos de competencia desleal (artículo 519.1).
- ♦ Cesación provisional de los actos que violen el derecho de propiedad industrial del solicitante de la medida cautelar (artículo 527.2.a).
- ♦ Cesación provisional de la publicidad ilícita (artículo 540 a).

b) Orden de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta

A través de esta medida se impone al demandado una obligación de no hacer, esto es de llevar a cabo una determinada actuación que, de realizarse, afectaría a los derechos de la sentencia que se dicte en el proceso, limitando o impidiendo la tutela judicial. La cesación de la actividad, vista anteriormente, supone una limitación general e implica la existencia de una cierta continuidad en la actuación infractora. Por el contrario, la orden de abstención, supone una concreta limitación de la capacidad de obrar del demandado, referida únicamente a una concreta conducta o actividad, que no puede predicarse como continua y general, sino como aislada, pues en caso contrario la medida adecuada sería el cese de la actividad.

Igualmente se refleja esta medida de forma expresa en otros artículos del Código, pudiéndose citar:

- ♦ Suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública en sede de propiedad intelectual (artículo 534 b).
- ♦ Prohibición temporal de publicidad (artículo 540 b).
- ♦ Suspensión de obra nueva (artículo 606)

c) Prohibición de cesar o interrumpir la realización de una prestación que se viniera llevando a cabo

Este tipo concreto de medida implica, a diferencia de las medidas anteriores, no un cese en una concreta actividad, sino la imposición al demandado de mantener la actividad comercial o industrial anterior que sostenía con el actor del proceso, impidiendo de esta forma el cese de dicha relación entre ambas partes durante la pendencia del proceso. Es una medida adecuada en los casos en los que el planteamiento de la demanda supone una

L. Alfredo de Diego Díez

crisis en la relación comercial o industrial entre las partes y con ella se pretende evitar que el demandado, que normalmente tendrá la posición dominante de suministrador de mercancías o productos al actor, cese en dicho suministro, ahogando por este mecanismo al demandante u obligándole a aceptar unas condiciones que le perjudican, haciendo ilusorio el resultado del proceso.

Dentro de las normas especiales, el único ejemplo de este tipo es la previsión del artículo 519.1, en sede de competencia desleal, consistente en la prohibición temporal de interrumpir o cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.

Como se puede apreciar de su examen, se trata de un conjunto de medidas heterogéneas y con una finalidad totalmente diferente en cada una de ellas. Tienen la suficiente amplitud en su redacción para poder garantizar una adecuada protección de los intereses en juego en el proceso y por ello para garantizar la tutela judicial que se pretende obtener en el mismo. Esta misma generalidad impide que se pueda establecer un examen de sus presupuestos, pues los mismos deberán ser objeto de apreciación caso por caso en función del tipo de medida solicitada, la acción ejercitada e incluso la legislación especial aplicable al fondo de asunto que dio lugar al proceso en el que se solicitan su adopción. En todo caso al tratarse de unas medidas que implican una limitación a la capacidad de obrar de los demandados, al imponer un determinado tipo de actuación, su concesión debe ser especialmente escrupulosa por parte del juez para evitar que estas medidas puedan ser utilizadas como mecanismos de presión para la obtención de una finalidad ajena a la protección de la tutela judicial.

H) Intervención y depósito procedentes de actividades ilícitas (artículo 355.8º)

Señala el artículo 355.8º que se podrá solicitar como medida cautelar: “La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda”.

Nos encontramos en el artículo 355.8º unas medidas basadas en la idea de la retención de cantidades litigiosas, procedentes de actos cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda. Se regula una medida pecuniaria de aseguramiento. La citada medida supone una posición intermedia entre el embargo preventivo y el secuestro judicial, pues va encaminada a asegurar el cumplimiento de una demanda de neto contenido patrimonial, pero con un específico objeto sobre el que recae, pues únicamente puede recaer sobre numerario, frente al genérico embargo preventivo de todo tipo de bienes o secuestro limitado a bienes muebles previstos en el Código.

Se trata de una medida cautelar compleja que puede coincidir con las previsiones de los números 1, 3 y 4 del artículo 355, reguladores respectivamente del embargo preventivo, la intervención de bienes productivos y el depósito de cosas muebles. La diferencia con relación a las otras medidas radica, como ya se adelantó, en su propia especificidad, pues el embargo, intervención y el depósito está doblemente condicionado, al exigirse por un lado que se trate de ingresos, y por ello de dinero, y por otro que los mismos tengan su origen en una actividad de contenido ilícito. Es una medida específica en

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

estos casos frente a las medidas generales de los tres primeros números del artículo que examinamos que no están sometidas a las citadas limitaciones.

La medida no puede ser adoptada por separado, esto es, intervención o depósito, sino que solo puede ser acordada de forma conjunta, tal como la proposición “y” claramente indica. Por tanto, en aquellos casos en los que se pretenda únicamente la intervención o el depósito, en caso de ser posible esta segunda medida independientemente de la anterior, deberá acudir a las previsiones de los números 3 ó del artículo 355.

La situación jurídica cautelable en esta medida se halla claramente determinada, al condicionar su concesión a que la demanda pretenda la prohibición o cesación de la actividad ilícita. En principio puede resultar un tanto sorprendente que se adopte una medida de contenido pecuniario dentro de un proceso en el que se pretende no una condena de cantidad líquida, sino el cese o prohibición de una actividad concreta. Para entender esta inicial contradicción hay que tener en cuenta que con esta medida cautelar se pretende concretamente garantizar la indemnización de daños y perjuicios que derivaría de la estimación de la demanda, fundamentalmente en sede de propiedades especiales.

El principal problema deriva del hecho de la expresa remisión a un concepto en blanco como es la de actividad ilícita. La inclusión de estas medidas dentro del texto procesal general debe llevar a la consideración de su generalización a todo tipo de actividad ilícita y no sólo a las previstas en el ámbito de la propiedad intelectual, a la que expresamente se refiere el artículo 534.1 del CPC. Dicho concepto, por motivos obvios, sólo puede ser considerado desde el punto de vista de la ilicitud civil, y deberán entenderse como tales actividades ilícitas todas aquellas que supongan la vulneración de derechos reconocidos en exclusividad a determinadas personas o sociedades y que supongan una afectación a dicha exclusividad. En consecuencia será de aplicación a los casos de propiedad intelectual, propiedad industrial, marcas y a cualquier otro en el que se reconozca a su titular un derecho exclusivo de explotación.

I) Depósito de materiales, cantidades y ejemplares afectos a régimen de exclusividad (artículo 355.9º)

El artículo 355.9º CPC establece una serie de medidas fundamentalmente de protección de la propiedad industrial e intelectual, al señalar la posibilidad de solicitar: “El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción y la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual”.

De nuevo nos encontramos con una medida cautelar que tiene su origen en el ámbito de la protección de los derechos de exclusividad de explotación que las leyes especiales de propiedad industrial e intelectual conceden a sus titulares. Se trata por tanto de un tipo especial de secuestro judicial, cuya especialidad radica en el objeto concreto sobre el que recae la medida, ejemplares o material necesario para la producción de los mismos afectados por derechos de exclusiva de propiedad industrial o intelectual. Es una

L. Alfredo de Diego Díez

norma en blanco y por ello para concretar la situación jurídica cautelable habrá que acudir a las concretas previsiones de las leyes especiales que regulan la propiedad industrial o intelectual.

En el inciso final igualmente se permite solicitar la consignación y depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual. Se trata de los derechos de los autores a percibir unas cantidades pecuniarias por su obra, consistentes en una participación proporcional en los ingresos que generan las diversas manifestaciones públicas de tales obras reconocidas. Se trata de un tipo especial en relación con la medida general del artículo 355.8º CPC.

J) Suspensión de acuerdos sociales (artículo 355.10º)

La última de las medidas cautelares específicas previstas en el artículo 355, es la señalada en el ordinal décimo, según la cual se podrá solicitar como medida cautelar, *"la suspensión de los acuerdos sociales impugnados"*. Se trata de una medida cautelar en la que nada se indica en el texto procesal, y a la que se refiere, dentro del juicio ordinario de impugnación de acuerdos sociales, el artículo 509 CPC, el cual se limita a señalar que *"Cuando se interpongan pretensiones de impugnación de acuerdos sociales, podrá acordarse, entre otras, la suspensión de los acuerdos impugnados, cuando el demandante o demandantes rindan caución suficiente, lo mismo se exigirá en el caso de cooperativas"*. Este artículo no es nada más que una reiteración innecesaria de la expresa medida cautelar prevista en el artículo 355.10º así como de la obligación de prestar caución que con carácter general se establece en el artículo 386 CPC.

Ninguna especialidad se contiene, por lo que, teniendo en cuenta la redacción dada a la impugnación de acuerdos sociales en los artículos 501 a 510 del Código, únicamente se hace preciso distinguir dos aspectos:

En primer lugar es posible la solicitud de la medida cautelar en la impugnación de los acuerdos sociales de todo tipo de entidades mercantiles, tanto anónimas, como limitadas, como cooperativas (artículo 501 en relación con el artículo 509).

En segundo lugar, la legitimación para solicitar la medida cautelar corresponderá a todos los accionistas, administradores o cualquier tercero con interés legítimo, en el caso de sociedades anónimas o limitadas y a todos los socios en las cooperativas (artículo 506.1), siempre que cumplan los requisitos a los que se refiere el artículo 507.

3. Las medidas cautelares indeterminadas

Como ya se señaló anteriormente, el artículo 356 del Código culmina la determinación de las clases de medidas cautelares, con una cláusula de cierre que resalta el carácter de meramente enunciativo del artículo 355, ampliando el campo de las cautelares a cualquier otra que se puede considerar apropiada por el actor o que nuevas leyes especiales se encarguen de establecer. Señala dicho artículo 356 que *"sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, se podrá solicitar la adopción de cualquier medida cautelar que se estime necesaria para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional pretendida, así como la de aquellas que, para la protección de ciertos*

derechos, estén expresamente previstas en las leyes”.

Este artículo muestra la preocupación del legislador por no dejar cerrada la relación de medidas cautelares para favorecer la adecuación de la tutela cautelar a los posibles cambios o evoluciones de la sociedad o a concretas necesidades derivadas de la tutela judicial pretendida, en función del caso concreto que se presenta para su resolución a los tribunales.

El artículo 356 establece una típica norma de clausura del sistema de medidas cautelares previsto por el Legislador. Se configura como un poder general de cautela, y así se expresa en el propio enunciado del artículo. A su vez, de forma explícita la ley limita su ámbito de aplicación tanto por la concreta previsión de medidas específicas, como las establecidas en artículo 355, como por la posibilidad de integrar en el sistema aquellas medidas que otras leyes establezcan en el futuro. Las cautelas indeterminadas se configuran no como una norma omnicomprendiva de todos los supuestos y situaciones necesitadas de tutela cautelar, sino simplemente clausuran el sistema de las medidas cautelares ante una posible insuficiencia de la regulación típica.

La subsidiariedad del precepto se resuelve fundamentalmente por una relación de exclusión, de forma que sólo será aplicable el artículo 356 cuando el Legislador no haya previsto una cautela típica, sometidas a sus específicas condiciones, que prevalecerá en todo caso frente a la petición de una cautela indeterminada. Dicha previsión puede darse bien en el propio Código de Procedimiento Civil, bien en otra ley especial que regule una determinada materia.

Tales medidas indeterminadas tendrán aplicación en todo tipo de procesos y cualquiera que sea la pretensión que en los mismos se pretenda, teniendo como única condición que la cautela atípica sea adecuada para asegurar la tutela judicial. Por tanto afectará no solo a las condenas dinerarias u obligaciones de dar, sino también a los procesos en los que se pretenda la tutela en relación a una obligación de hacer, no hacer o entregar una cosa determinada o específica. Tales objetos del proceso, sentencias de condena, se incluyen sin duda alguna en la nueva redacción y además de los mismos podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares en procesos en los que se pretendan el cumplimiento de otro tipo de obligaciones o incluso en los procesos puramente declarativos o constitutivos.

Finalmente señalar, aunque no sea preciso, que el régimen procedimental de adopción de este tipo de medidas no es especial con relación al resto de las medidas cautelares específicas y por ello deberá ajustarse a las exigencias de los artículos 380 y siguientes del Código y a las concretas especialidades que se contengan en otros artículos del texto procesal o en leyes especiales.

4. Medidas cautelares previstas fuera del Libro III del Código

El Código, junto con las previsiones concretas del Libro III, dedicado en exclusiva a las medidas cautelares, mantiene otra serie de medidas específicas dispersas a lo largo

L. Alfredo de Diego Díez

de su articulado, en concreto en sede de procesos especiales. Por ello y aunque sea de forma breve, procede hacer una referencia a las mismas a los efectos de terminar de cerrar el régimen de medidas cautelares, teniendo en cuenta que a lo largo de este tema se ha venido haciendo referencia a la mismas, en su relación con el resto de las medidas cautelares específicas, dado que la mayor de las ocasiones se trata de medidas cautelares ya previstas de forma genérica que se refuerzan en sede de procesos especiales por razón de la materia o establecen algún requisito o condicionante diferente de los generales.

A) Procesos especiales por razón de la materia en el Código

a) Juicio ordinario de impugnación de acuerdos sociales

Artículo 509. Medidas cautelares específicas. Cuando se interpongan pretensiones de impugnación de acuerdos sociales, podrá acordarse, entre otras, la suspensión de los acuerdos impugnados, cuando el demandante o demandantes rindan caución suficiente, lo mismo se exigirá en el caso de cooperativas.

Ya se ha examinado anteriormente en la medida cautelar del artículo 355.10ª, remitiéndonos a lo señalado en la misma, fundamentalmente el carácter innecesario de esta previsión que nada nuevo aporta así como la necesidad de completar su contenido con las previsiones de los artículos 501 a 510 CPC y lo previsto en las leyes especiales.

b) Juicio ordinario de competencia desleal

Artículo 519.- Medidas cautelares. 1. Cuando existieren indicios de la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia del mismo, el juez, a instancia de persona legitimada y bajo la responsabilidad de ésta, podrá ordenar la cesación provisional de dicho acto, o la prohibición temporal de interrumpir o cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo, y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes.

2. Igualmente, podrán acordarse las medidas necesarias para impedir las consecuencias de los actos ilícitos y para evitar la repetición de los mismos.

3. Las medidas previstas en el numeral anterior serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria y deberán ser dictadas dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la solicitud.

4. Si las medidas se solicitan antes de la demanda, también será competente para adoptarlas el juez del lugar donde el acto de competencia desleal produzca o pueda producir sus efectos.

5. No obstante, una vez presentada la demanda principal, el juez que conozca de ella será el único competente en todo lo relativo a las medidas adoptadas.

Las principales novedades que aporta este artículo en relación al régimen general de medidas cautelares son:

- ♦ Es posible adoptar la medida aun cuando no se haya realizado todavía el acto de competencia desleal, al señalar el 519.1 CPC, "... o la inminencia del

mismo...”.

- Establece un sistema amplio de medidas cautelares, no solo las concretas y específicas de cesación provisional o prohibición temporal, sino utiliza una fórmula general al señalar que podrá “decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes” (artículo 519.1) y las “necesarias para impedir las consecuencias de los actos ilícitos y para evitar la repetición de los mismos” (artículo 519.2).
- Se concede a estas medidas tramitación preferente, llegando a establecer que en caso de ser adoptada sin audiencia de parte y en situación de peligro grave, el auto deberá dictarse en el plazo de 24 horas desde la solicitud (artículo 519.3).
- Se amplía la competencia territorial en caso de presentarse la solicitud de medidas cautelares antes de la demanda, correspondiendo también al juez del lugar donde el acto de competencia desleal produzca o pueda producir sus efectos (artículo 519.4).
- No obstante, el régimen general de competencia territorial no se altera nada más que en el caso anterior, pues el artículo 519.5 obliga a remitir al juez competente territorialmente el conocimiento de las medidas cautelares que hubieran podido ser adoptadas por otro juez al amparo del artículo 519.4.

c) Juicio ordinario sobre propiedad industrial

Artículo 527. Medidas cautelares. 1. Quien interponga o vaya a interponer una pretensión de las previstas en esta sección podrá solicitar la adopción de medidas cautelares tendentes a asegurar la efectividad de dichas pretensiones, siempre que justifique la explotación industrial del derecho objeto de la pretensión o el desarrollo de unos preparativos serios y efectivos a tales efectos.

2. Se podrán adoptar como medidas cautelares las que aseguren debidamente la completa efectividad del fallo y en especial las siguientes:

- a) La cesación inmediata de los actos que violen el derecho del petitionerio.*
- b) Las medidas necesarias para evitar la continuación o reiteración de la infracción.*
- c) El secuestro de los objetos producidos o importados con violación de su derecho, y de los medios exclusivamente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado.*
- d) El afianzamiento de la eventual indemnización de daños y perjuicios.*
- e) Las anotaciones registrales que procedan.*

Las principales innovaciones con respecto al régimen general de las medidas cautelares a destacar son:

- Incorporación de un nuevo presupuesto que necesariamente debe ser

L. Alfredo de Diego Díez

examinado por el juez previamente a la adopción de la medida y que de no concurrir determinaría la denegación de cualquiera de las medidas cautelares que se solicitasen en sede de propiedad industrial. En el artículo 527.1 se establece la necesidad de que el actor justifique la explotación industrial del derecho objeto de la pretensión o el desarrollo de unos preparativos serios y efectivos a tales efectos de explotación. La protección de la propiedad industrial, dado el interés público que implica solo puede darse a aquel que efectivamente esté explotando o tenga intención de explotar a corto plazo el derecho objeto de propiedad industrial. Si no existe tal situación, no procederá cautela alguna a su favor, pues no existiría el peligro de mora procesal por la utilización de un tercero.

- Dentro del catálogo de medidas previstas en el artículo 527.2, destaca la prevista en el apartado d), relativa al afianzamiento de la eventual indemnización de daños y perjuicios, que no está recogido en ningún otro lugar del Código, constituyendo una medida cautelar autónoma y propia de este ámbito de protección de la propiedad industrial, sin perjuicio de que sería posible su extensión a otro tipo de tutelas judiciales por la vía del artículo 356. Se trata de una medida que afecta fundamentalmente al demandado que será la persona que tiene que prestar la fianza para garantizar los posibles daños y perjuicios que el uso ilegal de un derecho objeto de protección puede producir.

d) Juicio ordinario de propiedad intelectual

Artículo 534. Medidas cautelares. El titular de los derechos de propiedad intelectual podrá solicitar además de las medidas cautelares establecidas en el artículo 174 de la Ley de Derechos de Autor, aquellas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos, y en especial:

1. La intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración. Igualmente se podrá solicitar el embargo del producto de los espectáculos teatrales, cinematográficos, filarmónicos o cualquier otro similar.

2. La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda.

3. El secuestro temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual, así como el secuestro del material empleado para su producción.

4. El secuestro del material empleado exclusivamente para la reproducción o comunicación pública. En el caso de los programas de ordenador, se podrá acordar el secuestro de los utilizados.

5. El embargo de los equipos, aparatos y materiales.

Este artículo no aporta nada especialmente novedoso con respecto al régimen general de las cautelas. Con todo, cabe destacar dos aspectos:

- Establece un régimen amplísimo de medidas cautelares, pues no solo se remite

a las especiales previstas en el artículo 174 de la Ley de Derechos de Autor, sino que establece otra serie de medidas, perfectamente incardinables dentro de la relación general del artículo 355 y cierra con una cláusula abierta al señalar que podrá solicitarse aquellas que según las circunstancias fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos.

- ♦ Esta última referencia a protección urgente puede llevar a considerar que en este tipo de procedimientos, las medidas deben considerarse habitualmente urgentes y por ello puede adoptarse sin audiencia de la parte demandada, sin perjuicio del posterior derecho de oposición a la medida acordada.

e) Juicio ordinario sobre publicidad ilícita

Artículo 540.- Medidas cautelares. A instancia del demandante, el juez, cuando lo crea conveniente, atendidos todos los intereses implicados y especialmente el interés general, incluso en el caso de no haberse consumado un perjuicio real o de no existir intencionalidad o negligencia por parte del anunciante, podrá, específicamente, con carácter cautelar:

a) Ordenar la cesación provisional de la publicidad ilícita o adoptar las medidas necesarias para obtener tal cesación. Cuando la publicidad haya sido expresamente prohibida o cuando se refiera a productos, bienes, actividades o servicios que puedan generar riesgos graves para la salud o seguridad de las personas, o para su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar y así lo instase el órgano administrativo competente, el juez podrá ordenar la cesación provisional dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la demanda.

b) Prohibir temporalmente dicha publicidad o adoptar las previsiones adecuadas para impedir su difusión, cuando ésta sea inminente, aunque no haya llegado aún a conocimiento del público.

Se trata de procedimientos basados en situaciones de publicidad ilícita de tal manera que proceden adoptar, normalmente de forma urgente, una serie de medidas, principalmente las destacadas en este artículo, que no obstante no tienen por qué ser las únicas pudiendo aplicarse cualquier otra que se considere conveniente. Las principales novedades con relación al régimen general de medidas cautelares son:

- ♦ Referencia al interés general como uno de los elementos a tener en cuenta al adoptar la medida cautelar solicitada, que prevalece sobre el interés particular del demandante.
- ♦ Se configura la adopción de las medidas cautelares desde un punto de vista objetivo, al no exigirse ni el perjuicio real ni la intencionalidad o negligencia del anunciante, de tal manera que será suficiente que la publicidad no se ajuste a las previsiones legales sobre esta materia de forma que pueda ser considerada ilícita, para que se adopten las medidas cautelares solicitadas.
- ♦ De nuevo se configuran como medidas urgentes, en especial cuando recaigan sobre publicidad expresamente prohibida, cuando se refiera a productos que puedan causar riesgos graves para la salud o seguridad de las personas y

L. Alfredo de Diego Díez

cuando se trate de publicidad de juegos de azar, debiéndose resolver en estos casos en el plazo de 24 horas desde la solicitud.

- ♦ Se amplía la legitimación activa a la autoridad administrativa encargada del control de la publicidad.

f) Procedimiento abreviado de calificación registral

Artículo 609. Especialidades. 1. La demanda deberá interponerse en el plazo de diez días desde la notificación de la resolución practicada al interesado o, tratándose de recursos desestimados por silencio administrativo, en el plazo de un mes desde la fecha de interposición del recurso gubernativo, ante el Juzgado de Letras del lugar en que estén situados los bienes. A este fin, recibido el expediente, a la vista de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, se hará el emplazamiento para que puedan comparecer y personarse en los autos

2. Quien propusiera la demanda para que se declare la validez del título podrá pedir anotación preventiva de aquélla, y la que se practique se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación; si la solicitare surtirá efecto desde la fecha de su anotación.

No presenta especialidad alguna salvo la expresa autorización del artículo 609.2 CPC para que se lleve a cabo la anotación preventiva de demanda, referencia innecesaria dado que al amparo del artículo 355.6° CPC hubiera sido posible la misma.

g) Procedimiento abreviado sobre arrendamiento financiero

Artículo 619. Actos previos a la audiencia. 1. Cuando se interpongan pretensiones basadas en el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero o de venta a plazos de bienes muebles, el tribunal a petición de parte ordenará, al admitir la demanda, el secuestro del bien cuya entrega se reclame. No se exigirá caución al demandante para la adopción de estas medidas cautelares, ni se admitirá oposición del demandado a las mismas. Tampoco se admitirán solicitudes de modificación o de sustitución de las medidas por caución. [...].

Este artículo establece una medida cautelar *sui generis* dado que altera totalmente el régimen ordinario de las medidas cautelares en función del tipo de procedimiento concreto en el que se adopta. Las principales diferencias que se pueden encontrar son:

- ♦ El tribunal queda vinculado por la petición de la parte, sin que pueda denegar la medida cautelar de secuestro del bien cuya entrega se reclame, sino que deberá acordarla automáticamente sin necesidad del examen de los presupuestos de apariencia de buen derecho ni peligro de demora procesal, sin perjuicio de que la apariencia deriva del propio contrato de arrendamiento financiero que se aporte.
- ♦ El demandante no debe prestar caución.
- ♦ Debe acordarse inaudita parte y con la propia resolución de admisión a trámite de la demanda.
- ♦ El demandado no puede formular oposición alguna a la medida de secuestro, sin perjuicio de que sí podrá oponerse a cualquier otra medida cautelar que se hubiera podido acordar en el mismo proceso.

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

- ♦ No es posible llevar a cabo la solicitud de modificación o sustitución de la medida por caución.

B) Procesos sobre capacidad de las personas

Artículo 642. Medidas cautelares. 1. Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Público para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación.

2. El Ministerio Público podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el numeral anterior.

3. Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación.

4. Como regla, las medidas a que se refieren los numerales anteriores se acordarán previa audiencia de las personas afectadas, conforme a lo previsto en este Código.

El artículo 642 CPC permite al tribunal en su número 1 adoptar de oficio aquellas medidas "que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio", sin perjuicio de que también sea posible adoptar estas medidas de protección a instancias del Ministerio Fiscal (artículo 642.2) o de parte interesada (artículo 642.3) y en cualquier estado del procedimiento.

Se trata de un conjunto de medidas indeterminadas, que deberán ser concretadas en función de las específicas condiciones personales, tanto físicas como patrimoniales, del presunto incapaz, sin que se pueda establecer limitación alguna a dichos efectos, dado el interés prevalente de protección del incapaz en este tipo de procesos.

Son medidas que podrán adoptarse antes de presentarse la demanda, de oficio por el tribunal, dada la obligación de dar traslado al Ministerio Fiscal para que interponga demanda de incapacidad (artículo 642.1). El Fiscal podrá solicitar dichas medidas bien previamente a la interposición de la demanda o a lo largo de la tramitación del proceso de incapacidad y a su vez tales medidas podrán ser solicitadas, vigente el proceso, bien en la demanda o bien en una fase posterior, a instancia de parte, que debe ser reducida a las personas con legitimación para interponer la demanda de incapacidad previstas en el artículo 637 del CPC.

El trámite de dichas medidas presenta algunas especialidades, pues por un lado exige la previa audiencia de las personas afectadas, lo que implica que el presunto incapaz deberá ser oído en caso de tener entendimiento necesario para ello. El resto de los artículos del procedimiento de las medidas cautelares no prevé su expresa aplicación, pero habrá que entender que los mismos regirán con carácter subsidiario en aquellos artículos que sea posible su aplicación a un tipo de medida de protección del incapaz, sin que se pueda privar a éste de la posibilidad de oponerse a tales medidas.

L. Alfredo de Diego Díez

C) Procesos de filiación

Artículo 648. Medidas cautelares. 1. Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el tribunal adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor.

2. Reclamada judicialmente la filiación, se podrán acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el numeral anterior.

3. Las medidas a que se refieren los numerales anteriores se acordarán generalmente previa audiencia de las personas que pudieran resultar afectadas. No obstante, cuando concurren razones de urgencia, se podrán acordar sin más trámites, y se mandará citar a los interesados a una audiencia, que se celebrará dentro de los diez días siguientes y en la que, tras oír las alegaciones de los comparecientes sobre la procedencia de las medidas adoptadas, resolverá el tribunal lo que proceda por medio de auto.

El artículo 648 CPC regula específicamente en sede de procesos de filiación la adopción de medidas cautelares. Distingue básicamente dos supuestos, en los que la situación jurídica cautelable varía en función del diferente fin de los procesos: a) En los procesos de impugnación de la filiación, artículo 648.1, las medidas se dirigirán a proteger la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor; b) En los procesos de reclamación de filiación (artículo 648.2), se podrán adoptar medidas de protección de persona y bienes y además se podrá acordar específicamente la concesión de alimentos provisionales del reclamante. En todo caso, en cualquiera de los dos procesos, dada la redacción del artículo 648 es imprescindible haber interpuesto demanda de impugnación o reclamación de filiación.

El trámite, con carácter general previsto en el primer inciso del artículo 648.3, es el mismo que hemos examinado en el punto anterior, con necesidad de audiencia previa. No obstante la ley permite que se adopten las medidas con carácter de urgencia inaudita parte, si bien, a diferencia del régimen general, el tribunal deberá convocar a los interesados a una comparecencia, en la que tras oír a las partes resolverá lo procedente sobre el mantenimiento o alzamiento de las medidas ya acordadas. En lo no previsto, incluida la prestación de caución, se aplica el régimen general de las medidas cautelares.

D) Procesos de familia

Sección 4ª. Medidas provisionales y definitivas.

Artículo 658. Tramitación de las medidas solicitadas provisionalmente. 1. El cónyuge que se proponga demandar la nulidad del matrimonio, separación o divorcio, puede solicitar los efectos y medidas previstas expresamente para estas situaciones ante el juez de su domicilio.

2. Para formular esta solicitud no será precisa la intervención de profesional del derecho que le defienda y represente, pero sí será necesaria dicha intervención para todo escrito y actuación posterior.

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

3. A la vista de la solicitud, el juez mandará citar a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Público, a una audiencia, en la que se intentará un acuerdo de las partes y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha audiencia deberá acudir el cónyuge demandado quien podrá ser asistido por profesional del derecho.

4. En la misma resolución podrá acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos de vivir separados con cese de la convivencia conyugal, revocación de consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado a favor del otro, y lo demás que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda familiar. Contra esta resolución no se dará recurso alguno.

5. En el acto de la audiencia a que se refiere este artículo, si no hubiere acuerdo de los cónyuges sobre las medidas a adoptar, o el acuerdo no fuera aprobado en todo o en parte por el juez, previo informe del Ministerio Público, en su caso, se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el juez acuerde de oficio. Si alguna prueba no pudiera practicarse en la audiencia, se señalará fecha para su práctica, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes.

6. La falta de asistencia, sin causa justificada, de alguno de los cónyuges a la audiencia podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial.

7. Finalizada la audiencia o, en su caso, terminado el acto que se hubiere señalado para la práctica de la prueba que no hubiera podido producirse en aquella, el juez resolverá en el plazo de tres días mediante auto, contra el que no se dará recurso alguno.

8. Los efectos y medidas acordados de conformidad con lo dispuesto en este artículo sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción se presenta la demanda de nulidad, separación de hecho o divorcio.

9. Lo dispuesto en este artículo será de aplicación a las personas unidas de hecho que pretendan su cesación.

Artículo 659. Confirmación o modificación de las medidas. 1. Cuando se hubieren adoptado medidas con anterioridad a la demanda, admitida ésta, se unirán las actuaciones correspondientes al proceso de nulidad, separación o divorcio, solicitándose, a tal efecto, el respectivo testimonio, si aquéllas se hubieran producido en un tribunal distinto del que conozca de la demanda.

2. Sólo cuando se considere que procede completar o modificar las medidas previamente acordadas, se convocará a las partes a una audiencia, que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior.

3. Contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno.

Artículo 660. Medidas provisionales coetáneas a la demanda. 1. El cónyuge que solicite la nulidad de su matrimonio, la separación o el divorcio podrá pedir en la demanda lo que considere oportuno sobre las medidas provisionales a adoptar, siempre que no se hubieren adoptado con anterioridad. También podrán ambos

L. Alfredo de Diego Díez

cónyuges someter a la aprobación del juez el acuerdo a que hubieren llegado sobre tales cuestiones. Dicho acuerdo no será vinculante para las pretensiones respectivas de las partes ni para la decisión que se pueda adoptar en lo que respecta a las medidas definitivas.

2. Admitida la demanda, el juez resolverá sobre las peticiones a que se refiere el numeral anterior y, en su defecto, acordará lo que proceda.

3. Antes de dictar la resolución a que se refiere el numeral anterior, se convocará a los cónyuges y, en su caso, al Ministerio Público, a una audiencia, que se sustanciará conforme a lo previsto para las medidas provisionales previas a la demanda. Contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno.

4. También podrá solicitar medidas provisionales el cónyuge demandado, cuando no se hubieran adoptado con anterioridad o no hubieran sido solicitadas por el actor, con arreglo a lo dispuesto en los numerales precedentes. La solicitud deberá hacerse en la contestación a la demanda y se sustanciará en la audiencia, cuando ésta se señale dentro de los diez días siguientes a la contestación, resolviendo el juez por medio de auto no recurrible cuando la sentencia no pudiera dictarse inmediatamente después de la audiencia.

5. Si la audiencia no pudiera señalarse en el plazo indicado, se convocará la audiencia a que se refiere el numeral 3 de este artículo.

6. Las medidas provisionales quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo.

Artículo 664. Medidas en caso de guarda y cuidado y alimentos. En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de éstos, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en este Código para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas antes señaladas.

Dentro de los procesos de familia se establece de forma expresa la posibilidad de adoptar diversas medidas cautelares, propias de este tipo de procesos y que resolverán sobre la situación personal de los cónyuges y con respecto a los hijos, rigiendo estas medidas hasta que sean establecidas definitivamente con la sentencia que ponga fin al proceso. Las principales especialidades con respecto al régimen general son:

- ♦ Son medidas que siempre deben ser adoptadas previa audiencia de las partes. Así se desprende de los artículos 658.3, 659.2 y 660.3 y 4 CPC.
- ♦ El juez, podrá adoptar, a modo de medidas provisionales, y únicamente en medidas provisionales previas a la presentación de la demanda (artículo 658.4), y por razones de urgencia una serie de medidas cautelares sobre el cese de la convivencia conyugal, revocación de poderes, custodia de los hijos y uso de la vivienda familiar. Dicha decisión se adoptará en la propia resolución en la que se convoque a las partes a la audiencia prevista en el artículo 658.3 CPC y deberán ser ratificadas o modificadas en el auto de medidas provisionales que se dicte.
- ♦ El procedimiento es común para las medidas solicitadas antes o coetáneas a

LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 2007

la demanda (artículos 659.2 y 660.3), a saber, convocatoria a una audiencia, alegaciones de las partes, práctica de prueba y resolución por medio de auto. Las únicas diferencias con el procedimiento previsto con carácter general en el artículo 384 CPC son: a) posibilidad de un plazo adicional de diez días para la práctica de pruebas que no puedan tener lugar en la audiencia (artículo 658.5) y b) que contra los autos que se dicten en cualquiera de los casos no procede recurso alguno (artículos 658.7, 659.3 y 660.3 y 4).

- ♦ La legitimación para solicitar las medidas provisionales corresponde solo a los cónyuges, bien al que pretenda demandar en las previas a la demanda (artículo 658.1) o bien, en las coetáneas con la demanda, al actor (artículo 660.3) o al demandado si no las había solicitado el demandante (artículo 660.4).
- ♦ Se amplía el plazo para presentar la demanda de nulidad, separación o divorcio en las medidas previas a la demanda a treinta días siguientes a la adopción, con independencia de que se hayan ejecutado o no (artículo 658.8).
- ♦ Dado el interés público de este tipo de procesos, no es posible exigir la prestación de caución propia del resto de las medidas cautelares. Hay que tener en cuenta que en este tipo de medidas cautelares provisionales no rigen las previsiones del procedimiento cautelar común, sino que la normativa es la expresamente prevista en los artículos citados, y en ellos no se incluye la obligación de prestar caución, lo que por otro lado resultaría un contrasentido frente a la necesidad de regular, en aras a la paz familiar, las circunstancias derivadas de la situación de crisis familiar, en interés tanto de ambos cónyuges y especialmente de los hijos comunes del matrimonio.
- ♦ El fuero territorial se corresponde, en las medidas previas a la demanda, al domicilio del solicitante (artículo 658.1) que no necesariamente tiene que coincidir con el fuero del proceso de nulidad, separación o divorcio, lo que implica que es posible que el juez competente para conocer la demanda principal sea otro diferente, por lo que el artículo 659 prevé la posibilidad de confirmación o modificación de las medidas.
- ♦ Este régimen es igualmente extensible a los procesos que versen sobre guarda, cuidado y alimentos de hijos menores, tal como establece el artículo 664 CPC.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SAURA, María Pilar: «Clases de medidas cautelares. Criterios para su adopción. Medidas cautelares sin audiencia previa del demandado», en *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 18/2004, CGPJ, Madrid, págs. 19 a 61.
- ALONSO-CORTÉS CONCEJO, Aurelio: «Criterios para la fijación de la fianza en medidas cautelares y cuantificación de daños y perjuicios», en *Propiedad industrial y competencia desleal*, varios autores, colección «Monografías», vol. 4/1995, CGPJ, Madrid, págs. 261 a 328.
- BARONA VILAR, Silvia: «Las medidas cautelares: introducción», en *Las medidas cautelares*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 27/1993, CGPJ, Madrid, págs. 11 a 52.
- «Proceso cautelar», en *El nuevo proceso civil. Ley 1/2000*, varios autores, 2.ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 823 a 885.
- «De las medidas cautelares», en *El Proceso Civil*, varios autores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, vol. VII, págs. 5947 a 6155.
- CALAMANDREI, Piero: *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari*, Padova, 1936.
- CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, Barcelona, 1992.
- «Las medidas cautelares innominadas», en *Las medidas cautelares*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 27/1993, CGPJ, Madrid, págs. 289 a 337.
- «Legitimación y tutela cautelar (Breves notas para su estudio)», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 75, 2004, págs. 157 a 181.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Introducción al Derecho Procesal* (con Moreno Catena), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- DAMIÁN MORENO, Juan: *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinadores Valentín Cortés Domínguez y Víctor Moreno Catena), tomo II, «Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares», Tecnos, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel Ángel: «Las medidas cautelares “internacionales” y las medidas cautelares en el arbitraje», en *Las medidas cautelares y los recursos*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 10/2000, CGPJ, Madrid, págs. 193 a 255.
- «De las medidas cautelares», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, varios autores, 1.ª reimpresión, Iurgium editores, Barcelona, 2001, tomo III, págs. 3221 y ss.

L. Alfredo de Diego Díez

- FERNÁNDEZ SELLO, José María: «Las medidas cautelares en los procedimientos de protección de la propiedad industrial. Especial referencia a las acciones derivadas de la Ley de Competencia Desleal», en *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 18/2004, CGPJ, Madrid, págs. 359 a 408.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «Medidas cautelares en los procesos sobre propiedad industrial», en *Derecho sobre propiedad industrial*, varios autores, colección «Estudios de Derecho Judicial», vol. 35/2001, CGPJ, Madrid, págs. 193 a 214.
- «Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Estudios sobre la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, varios autores, colección «Studia Iuridica», CGPJ/Generalidad de Cataluña, vol. 19, Barcelona, 2003, págs. 241 a 256.
- ILLESCAS RUS, Ángel Vicente: «La protección procesal de los derechos de propiedad industrial», en *Propiedad industrial*, varios autores, colección «Estudios de Derecho Judicial», vol. 49/2003, CGPJ, Madrid, págs. 83 a 197.
- JOVÉ, María Ángeles: *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995.
- LARROSA AMANTE, Miguel Ángel: «Las cautelas indeterminadas y las medidas cautelares específicas», en *Las medidas cautelares y los recursos*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 10/2000, CGPJ, Madrid, págs. 147 a 192.
- «Propiedad industrial y medidas cautelares», en *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 18/2004, CGPJ, Madrid, págs. 299 a 357.
- *De las medidas cautelares en el Código de Código Procesal Civil*, módulo instruccional, impartido en Tegucigalpa MDC, del 16 al 20 de octubre de 2006, dentro del «Curso para Formación de Formadores de la Escuela Judicial», inédito.
- MORENO HELLIN, José: «Modificación y alzamiento de las medidas cautelares, caución sustitutoria. Daños y perjuicios», en *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 18/2004, CGPJ, Madrid, págs. 63 a 99.
- MOSCO SO TORRES, Pablo: «Medidas cautelares», en *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, vol. II, varios autores (coordinados por Jesús Marina Martínez-Pardo y Daniel Loscertales Fuertes), Sepin, Madrid, 2000, págs. 1445 a 1482.
- ORTELLS RAMOS, Manuel: «Las medidas cautelares», en *Proceso civil práctico*, tomo VIII, varios autores, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2003, págs. 863 a 1495.
- «La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000», en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 44/2003, CGPJ, Madrid, págs. 591 a 689.

- PEDRAZ PENALVA, Ernesto: «La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Las medidas cautelares y los recursos*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 10/2000, CGPJ, Madrid, págs. 19 a 96.
- POCH SERRATS, Juan: «Las medidas cautelares en la Ley del Arbitraje», en *Medidas cautelares por razón de la materia*, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, vol. 17/1997, págs. 231 a 267.
- RIFÁ SOLER, José María: «Requisitos de las medidas cautelares. Modificación y alzamiento de las cautelares», en *Las medidas cautelares y los recursos*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 10/2000, CGPJ, Madrid, págs. 97 a 145.
- VALLS GOMBAU, José Francisco: «Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales», en *Las medidas cautelares*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 27/1993, CGPJ, Madrid, págs. 339 a 414.
- «Las medidas cautelares en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, varios autores, colección «Estudios de Derecho Judicial», vol. 17/1999, CGPJ, Madrid, págs. 15 a 73.
- «La unificación del procedimiento cautelar», en *Las medidas cautelares y los recursos*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 10/2000, CGPJ, Madrid, págs. 257 a 345.
- *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, varios autores, 1.^a reimpresión, Iurgium editores, Barcelona, 2001, tomo III, págs. 3302 y ss.