

MÓDULO INSTRUCCIONAL

**DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL
ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

Consultor Internacional

D. MIGUEL ÁNGEL LARROSA AMANTE.
Magistrado Presidente de la Sección 5^a
de la Audiencia Provincial de Murcia
España

Tegucigalpa, MDC., 16 al 20 de octubre DE 2006

INDICE

1. JUSTIFICACIÓN.....	Página 3
2. OBJETIVOS GENERALES.....	Página 4
3. METODO PEDAGÓGICO EMPLEADO.....	Página 5
4. EVALUCION.....	Página 6
5. PROGRAMA DEL CURSO.....	Página 7
6. HORARIO.....	Página 11
7. COMPARACIÓN ENTRE LA NORMATIVA TODAVÍA EN VIGOR Y EL ANTEPROYECTO CPC EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES.....	Página 13
8. FUNCION CAUTELAR.....	Página 23
9. EXAMEN DE LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDI- DAS CAUTELARES.....	Página 42
10. PROCEDIMIENTO CAUTELAR.....	Página 57
11. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES.....	Página 101
12. BIBLIOGRAFÍA.....	Página 148
13. TEXTO ARTICULADO SOBRE MEDIDAS CAUTELARES.....	Página 150

JUSTIFICACION

El Anteproyecto de Código Procesal Civil de 2006 implicará, cuando cristalice en ley, una profunda innovación respecto al sistema procesal vigente. El nuevo Código, aunque aproveche instituciones y conceptos del antiguo, no se reduce a una reforma. Supondrá un nuevo modo de enjuiciar. Y la novedad indicada afecta de manera sustancial a las medidas cautelares, que se convierten en uno de los elementos clave del sistema para la obtención de una rápida y eficaz tutela judicial efectiva y por ello en fundamento de la credibilidad del propio sistema de justicia nacional.

Para que la reforma produzca los frutos esperados, una administración de justicia más ágil y más acertada, es imprescindible una sólida preparación de quienes han de dirigir y resolver el proceso. A facilitar esta preparación se dirige este curso de capacitación. Y esa preparación ha de tener en cuenta dos aspectos fundamentales: el imprescindible conocimiento teórico de la nueva normativa, que permita la identificación de los presupuestos y requisitos que el Anteproyecto incorpora en sede de medidas cautelares así como un acercamiento práctico a esta nueva función enjuiciadora, que si bien no es desconocida en las clásicas providencias precautorias del Código de Procedimiento de 1906, si constituye un enfoque diametralmente opuesto tanto en la actividad de las partes, como fundamentalmente, en la función del juez ante las medidas cautelares, lo que implica la necesidad de una mayor incidencia en casos prácticos y observación de audiencias celebradas bajo los principios de oralidad, intermediación y unidad de acto que configuran el nuevo proceso. Si la necesidad del primero es evidente, por la novedad de muchos aspectos de la regulación de las medidas cautelares, se ha de hacer especial hincapié en el segundo por su especial incidencia práctica y por su carácter de complemento de la formación teórica alcanzada.

Por ello se intentarán compatibilizar, en la forma que se indicará después, las exposiciones teóricas tradicionales, necesarias para transmitir el contenido de la reforma, con los medios para que los asistentes participen en una tarea de razonamiento común aplicando a realidades prácticas los conceptos teóricos adquiridos.

OBJETIVOS GENERALES DEL MODULO DE MEDIDAS CAUTELARES

Al finalizar el curso los asistentes deberían estar en condiciones de:

- 1) Definir los principales aspectos de la reforma en materia de medidas cautelares.
- 2) Encauzar procesalmente las pretensiones que se planteen cuando el Anteproyecto se convierta en ley.
- 3) Dirigir con agilidad y acierto las audiencias previstas en materia de medidas cautelares.
- 4) Enumerar los requisitos necesarios para la adopción de las medidas cautelares, tanto desde un punto de vista procesal como desde un punto de vista sustantivo en relación con cada una de las medidas que se autorizan.
- 5) Especificar las características de las diversas medidas reguladas, individualizándolas en relación a la concreta tutela cautelar pretendida.
- 6) Tramitar las solicitudes que se puedan presentar sobre medidas cautelares, diferenciando el ámbito objetivo en el que deben ser aplicadas, así como identificar las especialidades de tramitación que se encuentran comprendidas en el Anteproyecto.

METODO PEDAGÓGICO EMPLEADO.

En la preparación de las explicaciones teóricas se ha tenido en cuenta, en primer lugar, el texto del Anteproyecto; en segundo, y con las debidas adaptaciones, textos de Derecho Procesal español redactados para los cursos de formación de jueces españoles a raíz de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil española en el año 2000, que comparte con el texto del Anteproyecto importantes similitudes, fundamentalmente en el campo de los principios generales; y por último, la experiencia personal del docente como Juez en activo y con experiencia directa en la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil durante más de cinco años, así como su participación como ponente o conferenciante en múltiples foros que se desarrollaron antes y después de la entrada en vigor de la nueva ley procesal española. Las mismas estarán apoyada en un texto escrito completo así como por presentaciones en Power Point para destacar los puntos esenciales de la reforma.

Se proporcionará a los asistentes un módulo instrucción con la idea de facilitar el estudio del Anteproyecto y el seguimiento de las distintas exposiciones.

Con la finalidad de que los asistentes se puedan hacer una idea de cómo se desarrolla en la realidad un incidente de medidas cautelares, algo nada sencillo para el jurista acostumbrado al sistema escrito, se proyectarán algunas grabaciones de actos de audiencia reales, al objeto de poder ser sometidos los mismos a crítica en cuanto a la forma de su desarrollo. Igualmente se procederá a potenciar el trabajo en grupo con la redacción de resoluciones sobre casos prácticos concretos obtenidos de la experiencia del derecho español así como de ejemplos del derecho hondureño, para apreciar la diferencia de tratamiento entre la forma de tramitar y resolver al amparo de las providencias precautorias, así como la forma en la que debería de llevarse a cabo tal actuación al amparo del nuevo texto del Anteproyecto.

Se provocará la participación de los asistentes, tanto fomentando sus preguntas, como formulándose preguntas por parte del docente.

EVALUACIÓN

Dentro del sistema de control de la formación que desarrolla la Escuela Judicial y con la finalidad, no de evaluar al asistente al módulo, sino de poder apreciar la evolución de sus conocimientos a lo largo de los días de duración del curso y el efectivo aprovechamiento del mismo, se procederá a la práctica de una evaluación no valorativa tanto al inicio como al final del propio curso. En la misma no se pondrán notas concretas a cada uno de los asistentes, sin perjuicio de que se puedan valorar los trabajos de forma anónima a los efectos de comprobar la mejora que se pretende tras la conclusión del módulo y servirá a los asistentes, que conservarán los trabajos realizados, para poder apreciar igualmente de forma personal su propia evolución y el nivel de adquisición de conocimientos alcanzado, y en definitiva para obtener una idea de su aprovechamiento.

En primer lugar, el primer día del curso se procederá a una evaluación inicial, en forma de redacción de una resolución sobre un caso práctico concreto de medidas cautelares.

Durante el desarrollo del curso existirá una evaluación continua e individualizada en función de la asistencia a clase, la participación en las sesiones y la realización de los casos prácticos.

Por último, y previamente a la conclusión del curso se procederá a la evaluación final, a través de la redacción de otra resolución de un caso práctico, aplicando ya los criterios desarrollados a lo largo del curso. La misma será objeto de puesta en común tras su corrección.

PROGRAMA TEORICO DEL MODULO

1. Comparación entre la normativa todavía en vigor y el Anteproyecto CPC en materia de medidas cautelares.

- I. Situación actual en el vigente Código de Procedimiento.
 - a. Dispersión normativa.
 - i. Código de Procedimiento de 1906.
 - ii. Normas procesales especiales.
 - b. Tratamiento diferenciado.
- II. La tutela cautelar en el Anteproyecto de Código Procesal Civil.
- III. Principales diferencias entre la regulación actual y el Anteproyecto de Código Procesal Civil.
- IV. Derecho transitorio.

2. La función cautelar: naturaleza jurídica, caracteres, efectos, objeto y facultades de los Tribunales.

- I. La función cautelar como función jurisdiccional.
 - a. Concepto.
 - b. Configuración normativa.
 - c. Fundamento constitucional de la tutela cautelar.
- II. Naturaleza jurídica.
 - a. Medidas cautelares y garantías jurídico privadas de los derechos.
 - b. Consecuencias de la naturaleza jurídica procesal de la tutela cautelar.
- III. Caracteres de las medidas cautelares
 - a. Instrumentalidad.
 - b. Jurisdiccionalidad.
 - c. Dispositividad.
 - d. Provisionalidad.
 - e. Temporalidad.
 - f. Variabilidad.
 - g. Brevedad procedimental.
- IV. Efectos.
 - a. Clases de efectos de las medidas cautelares.
 - i. Efecto de aseguramiento.
 - ii. Efecto de conservación de la situación existente en el momento de plantearse el litigio.
 - iii. Efectos innovativos de la situación existente al plantearse el litigio.
 - b. El criterio limitador de las medidas cautelares satisfactivas.
- V. Clases de medidas cautelares

- a. Por sus efectos.
 - b. Por su contenido.
 - c. Específicas y genéricas.
- VI. Facultades del tribunal.

3. Examen de los presupuestos de las medidas cautelares.

- I. Introducción.
- II. Peligro de mora procesal.
 - a. ¿En qué consiste el peligro de mora procesal?
 - b. ¿Cómo influye el presupuestos del peligro en la concesión de las medidas?.
- III. La apariencia de buen derecho.
 - a. Las situaciones jurídicas respecto de las que se puede producir tutela cautelar.
 - b. Los medios de acreditación de la apariencia de buen derecho.
- IV. Prestación de caución por el solicitante.
 - a. Regla general de exigencia de caución y excepciones.
 - b. Criterios para determinar la cantidad garantizada por la caución.
 - c. La calidad de la caución.

4. Procedimiento cautelar

- I. Introducción.
- II. Solicitud de medidas cautelares
 - a. Requisitos de la solicitud.
 - b. Carga de acompañamiento.
- III. Los presupuestos procesales en el procedimiento cautelar.
 - a. La competencia internacional.
 - b. La jurisdicción por razón de la materia.
 - c. Competencia objetiva.
 - d. Competencia funcional.
 - e. Competencia territorial.
 - f. Tratamiento procesal de los presupuestos procesales. Medidas cautelares en prevención.
- IV. Las partes.
 - a. Especialidades en postulación.
 - b. Legitimación y normas especiales sobre la misma en la tutela cautelar.
 - c. Intervención de un tercero en las actuaciones procesales cautelares.
- V. Medidas cautelares antes de la demanda .
 - a. Ámbito.
 - b. Requisitos.
 - c. Procedimiento.
 - d. Vigencia y alzamiento de estas medidas.
- VI. Medidas cautelares con la presentación de la demanda.
 - a. Solicitud.

-
- b. Admisión de la petición cautelar.
 - VII. Medidas cautelares posteriores a la demanda y en fase de recursos.
 - VIII. Tramitación sin audiencia previa.
 - a. Presupuestos y trámite procesal.
 - b. Resolución.
 - c. Oposición del demandado.
 - i. Solicitud
 - ii. Sustanciación
 - iii. Decisión.
 - IX. Tratamiento de las cautelas con audiencia previa.
 - a. Convocatoria de la audiencia.
 - b. Sustanciación de la audiencia.
 - c. Resolución.
 - X. Recursos
 - a. Auto estimatorio de las cautelas.
 - b. Auto desestimatorio de las cautelas.
 - XI. Ejecución de las medidas cautelares
 - a. Prestación de caución para el cumplimiento de las medidas.
 - b. Excepciones a la prestación de caución.
 - c. Forma de la caución.
 - XII. Modificación y revocación de las medidas cautelares.
 - a. Modificación de medidas como consecuencia de alteraciones del proceso principal.
 - i. Sentencia estimatoria condenatoria firme.
 - ii. Sentencia estimatoria no firme.
 - iii. Sentencia absolutoria firme.
 - iv. Sentencia absolutoria no firme.
 - v. Sentencia parcialmente estimatoria.
 - vi. Caducidad de las medidas cautelares.
 - b. Modificación por alegación de hechos nuevos.
 - XIII. Caución sustitoria.
 - XIV. Indemnización de daños y perjuicios.
 - a. Responsabilidad objetiva del solicitante.
 - b. Supuestos.
 - c. Contenido.

5. Clases de medidas cautelares.

- I. Introducción.
- II. 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.
- III. Las medidas cautelares indeterminadas.
- IV. Medidas cautelares previstas fuera del Libro III del Anteproyecto.
- a. Procesos especiales por razón de la materia en el Anteproyecto.
 - 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.

HORARIO

Lunes 16 de octubre:

8.30 – 9	Presentación del curso y evaluación inicial.
9 – 10	Comparación entre la normativa en vigor y el APCP.
10 - 10.15	Descanso café.
10.15 – 12	La función cautelar: naturaleza jurídica, caracteres, efectos, objeto y facultades de los tribunales.
12 – 14	Descanso comida.
14 – 15	Examen de los presupuestos de las medidas cautelares: apariencia de buen derecho y peligro de demora.
15 – 15.15	Descanso café.
15.15 – 16	Examen de las presupuestos de las medidas cautelares (II): caución.

Martes 17 de octubre:

8.30 – 10	Procedimiento cautelar (I)
10 – 10.15	Descanso café.
10.15 – 12	Procedimiento cautelar (II)
12 – 14	Descanso comida.
14 – 15	Procedimiento cautelar (III)
15 – 15.15	Descanso café
15.15 – 16	Procedimiento cautelar (IV)

Miércoles 18 de octubre:

8.30 – 10	Clases de medidas cautelares (I)
-----------	----------------------------------

10 – 10.15	Descanso café.
10.15 – 12	Clases de medidas cautelares (II)
12 – 14	Descanso comida.
14 – 15	Clases de medidas cautelares (III)
15 – 15.15:	Descanso café.
15.15 – 16	Clases de medidas cautelares (IV)

Jueves 19 de octubre:

8.30 – 10	Clases de medidas cautelares (V)
10 – 10.15	Descanso café.
10.15 – 12	Trabajo en grupo sobre diversos casos prácticos.
12 – 14	Descanso comida.
14 – 16	Trabajo en grupo sobre diversos casos prácticos.

Viernes 20 de octubre:

8.30 – 10	Puesta en común de los resultados de los diversos trabajos en grupo realizados.
10 – 10.15	Descanso café.
10.15 – 12	Simulación de audiencias sobre los casos prácticos ya examinados.
12 – 14	Descanso comida.
14 – 15.15	Evaluación final: resolución individual de un caso práctico nuevo, con redacción completa de la correspondiente resolución.
15.15 – 15.30	Descanso café.
15.30 – 16	Comentario sobre caso práctico resolución individual y clausura del curso.

COMPARACIÓN ENTRE LA NORMATIVA TODAVIA EN VIGOR Y EL APCP EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES

INDICE

- V. Situación actual en el vigente Código de Procedimiento.
 - a. Dispersión normativa.
 - i. Código de Procedimiento de 1906.
 - ii. Normas procesales especiales.
 - b. Tratamiento diferenciado.
- VI. La tutela cautelar en el Anteproyecto de Código Procesal Civil.
- VII. Principales diferencias entre la regulación actual y el Anteproyecto de Código Procesal Civil.
- VIII. Derecho transitorio.

I.- Situación actual en el vigente Código de Procedimiento

La regulación de las medidas cautelares todavía en vigor sufre la dispersión y el tratamiento diferenciado propio 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 incomprensión de la función jurisdiccional cautelar. Los principios sobre los que se articulan las medidas cautelares en el texto en vigor, son tan diferentes que incluso varían en el propio nombre de la institución que pasará a denominarse como “medidas cautelares” en lugar de la actual denominación como “providencias precautorias”. Actualmente la situación procesal de esta institución se puede definir de acuerdo con los siguientes parámetros.

1.- Dispersión normativa

Existe por un lado una evidente dispersión normativa, tanto en el propio texto del Código de Procedimiento (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 ya se aprecia en la regulación prevista en la norma procesal que va a ser derogada con el nuevo texto del Anteproyecto de Código Procesal Civil (en adelante ACPC). 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.

1º.- 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.

2º.- 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 sustantivo especiales y que incluyen normas de contenido procesal. Igualmente, sin un ánimo exhaustivo, se pueden citar como 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.

2-. 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 establecer 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 este 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, normalmente 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.

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.

II.- La tutela cautelar en Anteproyecto de Código Procesal Civil.

Antes de examinar las líneas generales de la regulación de las medidas cautelares en el Anteproyecto, 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.

En España, necesidad de una configuración constitucional tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, tal caracterización constitucional se ha desarrollado por la consolidada jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional que sostiene que (por todas SSTC 238/1992, FJ 3 y 218/1994 FJ 3): *"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"*, y, respecto de los órganos jurisdiccionales, que *"...es objeto de amparo "un acto u omisión judicial que venga a negar decisivamente la protección procesal de los derechos e intereses legítimos cuya tutela se pretende ante los tribunales"* (STC 237/91 FJ2), *"o en otras palabras, cuando afecta a una medida cautelar que pretenda evitar un daño sobre los derechos e intereses controvertidos en el proceso principal que de producirse llevaría a que el objeto de esos derechos o intereses desapareciera o resultara tan gravemente afectado que sus titulares, aunque obtuviesen una resolución de fondo favorable, no podrían ejercerlo o, cuando menos, no podrían desarrollar todas las facultades que lo conformaban inicialmente"* (STC 218/1994). Estas afirmaciones al estar absolutamente relacionadas con los derechos constitucionales a la tutela judicial y al debido proceso reconocidos en los artículos 90 y 94 de la Constitución de Honduras, junto con la facultad exclusiva que el artículo 314 del texto constitucional otorga a los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, derechos estos que son compartidos al derivar de una misma base jurídica y política, no cabe duda alguna que son igualmente extrapolables a la realidad hondureña y son plenamente aplicables para alcanzar la tutela cautelar que se pretende implantar mediante la reforma procesal en la concreta sede de medidas cautelares objeto de este seminario.

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 APCP 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.

En el Anteproyecto, si bien no acepta la configuración autónoma de un proceso cautelar (13), 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).

A su loable propósito de sistematizar, uniformar y centrar la actividad cautelar en el Libro Tercero no obstan referencias y desarrollos en otras partes del cuerpo normativo, según es comprobable 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), prestaciones posesorias (artículo 606), en calificación registral (artículo 610.2), en arrendamientos financieros (artículo 619.1), en incapacidad (artículo 643), en filiación (artículo 649), en familia (artículo 659), en guarda y custodia (artículo 665), en régimen económico matrimonial (artículos 671 y 672) o tutela sumaria (artículos 687 a 690).

III.- Principales diferencias entre la regulación vigente en el Código de Procedimiento de 1906 y en el Anteproyecto de Código Procesal Civil.

Marcadas las líneas generales tanto de la regulación vigente como de la prevista en el Anteproyecto 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 APCP en relación al número de medidas cautelares.

La regulación vigente viene a establecer una apariencia de *numerus clausus* en las providencias precautorias, dado que el artículo 270 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 APCP 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, que denomina como potestad cautelar general, en el artículo 356, 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 huérfano de procedimiento a las partes y genera una evidente 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 norma general y ninguna referencia procedimental, salvo las muy limitadas de los artículos 280, 282 y 285, dirigidas más 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 APCP, 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 la modificación 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 Anteproyecto, 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 Anteproyecto dedica una amplia y completa regulación a la medida más habitual, el embargo preventivo y secuestro de bienes, así como a la 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 como 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 APCP si configuran dichos presupuestos y los elevan a categoría imprescindible su apreciación 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 anteproyecto se incorpora un interesante artículo 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 Anteproyecto 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.

IV.- Derecho transitorio.

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

En tal sentido la Disposición Transitoria Primera 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 se podrá pedir y obtener su revisión y modificación con arreglo al presente Código”.

La concreta previsión legal señalada radica 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, la disposición transitoria aplicable no será la primera sino la segunda, referente a procesos en primera instancia, de tal manera que se resolverá en 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 la Disposición Transitoria Segunda se refiere a los procesos 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 que analógicamente, ante la falta de una expresa previsión legal al respecto, es posible aplicar la citada transitoria segunda.

2.- Medidas cautelares ya adoptadas al amparo de la legislación que se derogue.

Es el supuesto al que se refiere la Disposición Transitoria Primera de forma expresa, lo que implica que no se produce alteración alguna del régimen de las medidas cautelares ya adoptadas, de forma que 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 se tenga en consideración, ni por la parte ni de oficio por el tribunal, el resto de las previsiones del actual Libro III del Anteproyecto.

3.- Medidas cautelares solicitadas tras la entrada en vigor del actual Anteproyecto.

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 aún 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.

LA FUNCIÓN CAUTELAR: NATURALEZA JURIDICA, CARACTERES, EFECTOS, OBJETO Y FACULTADES DE LOS TRIBUNALES

INDICE

- VII. La función cautelar como función jurisdiccional.
 - a. Concepto.
 - b. Configuración normativa.
 - c. Fundamento constitucional de la tutela cautelar.
- VIII. Naturaleza jurídica.
 - a. Medidas cautelares y garantías jurídico privadas de los derechos.
 - b. Consecuencias de la naturaleza jurídica procesal de la tutela cautelar.
- IX. Caracteres de las medidas cautelares
 - a. Instrumentalidad.
 - b. Jurisdiccionalidad.
 - c. Dispositividad.
 - d. Provisionalidad.
 - e. Temporalidad.
 - f. Variabilidad.
 - g. Brevedad procedimental.
- X. Efectos.
 - a. Clases de efectos de las medidas cautelares.
 - i. Efecto de aseguramiento.
 - ii. Efecto de conservación de la situación existente en el momento de plantearse el litigio.
 - iii. Efectos innovativos de la situación existente al plantearse el litigio.
 - b. El criterio limitador de las medidas cautelares satisfactivas.
- XI. Clases de medidas cautelares
 - a. Por sus efectos.
 - b. Por su contenido.
 - c. Específicas y genéricas.
- XII. Facultades del tribunal.

I.- LA FUNCION CAUTELAR COMO FUNCION JURISDICCIONAL

La función jurisdiccional consiste, según se desprende del artículo 314 de la Constitución de la República de Honduras, en juzgar y en hacer ejecutar lo juzgado. Ello pudiera hacer pensar que las dos manifestaciones de la jurisdicción son la declarativa (juzgar) y la ejecutiva (hacer ejecutar lo juzgado), si

bien la doctrina, cada vez más, habla de la función cautelar como manifestación de la jurisdicción, del carácter de tertium genus que va adquiriendo el proceso cautelar, de la subfunción de la jurisdicción consistente en garantizar que la función declarativa y la de ejecución se cumplan.

Como quiera que la función de juzgar y la de hacer ejecutar lo juzgado no son instantáneas en el tiempo, sino que necesitan un período más o menos largo para realizarse, tiempo que, por su mero transcurso o por actuación del demandado, pueden llegar a convertir en inútil la resolución que se dicte, es por lo que surge esta tercera función jurisdiccional, llamada de cautela o de seguridad, que se realiza a través del proceso cautelar, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las otras dos funciones.

Las medidas cautelares aparecen como los medios jurídico-procesales que tienen por función evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, y esa función se lleva a cabo mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir ese efecto. En consecuencia, a través de las medidas cautelares se cumple una función de garantía, que sirve para combatir la duración de los procesos, convirtiéndose no ya tan sólo en un mecanismo de mero aseguramiento, la conservación de los bienes, sino que deberán llegar más allá si se quiere que las resoluciones judiciales, aunque tardías, sean efectivas.

1.- Concepto.

La tutela judicial cautelar es una modalidad de tutela judicial que, de acuerdo con el artículo 2 ACPC, 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.

2.- Configuración normativa.

Sin perjuicio de su fundamento constitucional –al que nos referiremos inmediatamente– 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:

1.º) Por un lado están las normas que rigen la competencia, especiales requisitos de las partes o de los actos procesales en general, el procedimiento para la resolución sobre la medida cautelar y sus relaciones con el proceso principal. El Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil supondrá 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, por regla general, a cualesquiera medidas cautelares que se soliciten, y, además, son bastante completas.

2.º) Por otro lado están las normas que rigen la propia tutela jurisdiccional cautelar, es decir, determinan cuáles son los presupuestos que deben concurrir para que deba acordarse 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.

Las medidas cautelares se deberán acomodar en su solicitud a lo previsto en el texto del Anteproyecto, de conformidad con el principio de legalidad procesal en materia de tutela cautelar, que se contempla en el artículo 2 ACPC que autoriza a pretender medidas cautelares de acuerdo con la ley, y que fundamentalmente viene referido a la previsión del Libro III del Anteproyecto. Sin embargo, ello no puede ser entendido en el sentido de que la regulación de la tutela cautelar se halla sólo en ese Título del Anteproyecto. El mismo 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 de él hay otras disposiciones que, aun a riesgo de no ser exhaustivo, conviene catalogar ahora:

1.º) Medidas cautelares en procesos sobre la capacidad de las personas (artículo 643 ACPC).

2.º) Medidas cautelares en procesos sobre filiación, paternidad y maternidad (artículo 649 ACPC).

3.º) Medidas provisionales en procesos matrimoniales (artículos 659 a 661 ACPC).

4.º) Medidas cautelares en procesos civiles sobre situaciones de menores (artículo 665 ACPC)

5.º) Medidas cautelares en sede de procesos especiales por razón de la materia, como por las de impugnación de acuerdos sociales (artículo 509), competencia desleal (artículo 519), propiedad industrial (artículo 527), propiedad intelectual (artículo 534), publicidad (artículo 540), pretensión posesoria de obra nueva (artículo 606), arrendamiento financiero (artículo 619.1).

6.º) Regulaciones especiales de la administración de fincas hipotecadas (artículo 906) o depósito de vehículos hipotecados (artículo 907), en la liquidación del régimen económico matrimonial (artículos 671 y 672) o en la tutela sumaria (artículos 687 a 690).

3.- 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, reconocido por el artículo 94 de la Constitución de la República o incluso es aplicable al derecho al debido proceso que se plasma en el artículo 90 del texto constitucional hondureño.

En España, que al igual que ocurre en el Anteproyecto, se ha visto sometida recientemente a una profunda modificación de las leyes procesales y de la regulación de las medidas cautelares, el examen de la jurisprudencia del TC sobre el fundamento constitucional de la tutela cautelar y las consecuencias que derivan del mismo, permite establecer las siguientes conclusiones, absolutamente extrapolables a la realidad nacional hondureña dada la semejanza de las regulaciones en sede de medidas cautelares y de los principios que inspiran la reforma:

1.º) 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).

2.º) Esas posibilidades no pueden quedar limitadas a los supuestos de tutela judicial de derechos fundamentales (aunque la primera formulación del derecho a la tutela cautelar como componente del derecho a la tutela judicial efectiva –STC 115/1987– se refirió a ese ámbito), 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.

3.º) Como consecuencia de lo anterior será inconstitucional, por infringir el derecho a la tutela judicial efectiva, una ley que excluya absolutamente la

posibilidad de tutela cautelar para ciertas clases de derechos o intereses (STC 238/1992), y lo será adicionalmente por infringir el principio de igualdad si tal exclusión se produce para ciertas clases de personas determinadas con criterios discriminatorios (STC 115/1987)

4.º) También se tiene frente al juez ordinario derecho a un pronunciamiento fundado en Derecho y motivado sobre las peticiones de tutela cautelar. Ese derecho es satisfecho mediante una resolución judicial que cumpla ciertos requisitos externos, descritos con alguna variante, pero esencialmente consistentes en que la resolución ha de pronunciarse sobre la petición de medidas "razonadamente y no de forma arbitraria o carente de fundamento" (STC 210/1993).

5.º) 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 TC 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 "díficiles 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 irremediabilmente la decisión final del proceso" (STC 237/1991).

II.- NATURALEZA JURÍDICA.

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

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

1.- 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.º) 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.º) 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.

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.

2.- 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 ACPC. Ello implica que las medidas cautelares aplicables son solo las previstas en el Anteproyecto 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 Anteproyecto 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 Anteproyecto 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.

III.- CARACTERES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1.- Instrumentalidad.

La característica esencial que define la tutela cautelar y la distingue de instituciones procesales próximas a la misma es la instrumentalidad, entendida en el específico sentido de que la tutela cautelar, considerando en conjunto el régimen de la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas, 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) por la función de asegurar su efectividad práctica. Si tal 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 ineffectividad a causa de la necesaria demora de la sentencia.

Son manifestaciones de esta característica de la tutela cautelar las siguientes:

1.º) Sólo puede concederse si está pendiente un proceso principal y en el caso de que pueda obtenerse previamente a éste, la no incoación del proceso

dentro de cierto plazo opera como condición resolutoria de la medida acordada (artículo 352 ACPC).

2.º) Debe extinguirse cuando el proceso principal termine. Si la pretensión interpuesta en ese proceso no es estimada, la medida debe extinguirse, porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados (artículo 396 ACPC). Si la pretensión ha sido estimada, la medida también debe extinguirse, porque entonces ya pueden desplegarse los efectos propios de la sentencia principal.

3.º) Las medidas en las que se sustancia la tutela cautelar consisten en un conjunto de efectos jurídicos que, por regla general, coinciden sólo parcialmente con los efectos propios de la sentencia principal, si bien en algún supuesto pueden llegar a coincidir con estos en su resultado práctico, pero siempre con un carácter provisional. En todo caso, la instrumentalidad de la medida cautelar la hace incidir con intensidad variable sobre la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y sobre la que se proyectará la sentencia que en éste se dicte.

La característica de instrumentalidad así entendida, permite distinguir la tutela cautelar de la tutela jurisdiccional que se dispensa en un proceso sumario, y ello aunque esta última tutela se establezca, a veces, con el fin de evitar la frustración de ciertos derechos, a causa de la mayor 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 sentencia de un proceso sumario puede permanecer indefinidamente eficaz, siendo casual que su estabilidad se vea afectada por un proceso plenario posterior, que el favorecido por aquella sentencia no tiene la carga de instar.

La característica de instrumentalidad se concibe como una relación entre la tutela cautelar y la tutela que el actor ha pedido y que se le puede otorgar en el proceso principal.

2.- Jurisdiccionalidad

Es casi innecesario aludir a este carácter pues dimana de la misma potestad jurisdiccional, que entre otras atribuciones comporta la cautelar, de la que surgiría el derecho a la pertinente actividad a través del enjuiciamiento singularmente regulado por el legislador ordinario con escrupuloso respeto del debido proceso, cuya referencia se contiene en el artículo 3 ACPC.

Únicamente es dispensable la tutela cautelar por el órgano jurisdiccional y en modo alguno por ningún otro órgano, incluyendo a los encargados en su caso de decidir arbitrariamente el conflicto, según deriva de toda la articulación del Libro III de Anteproyecto, y en especial de los artículos 353 y 381.2.

3.- Dispositividad.

Exigida en el artículo 350 ACPC, supone que sólo a instancia de parte y nunca de oficio pueden ser otorgadas por el Juez. La dispositividad comporta para el Anteproyecto previa solicitud y necesidad de señalar expresamente la clase de medida que para el supuesto concreto deba acordarse tal como exige el artículo 380.1 ACPC.

Tan rotundas afirmaciones se ven enmendadas al examinar las facultades que el propio Anteproyecto concede al tribunal, pudiendo señalar las siguientes facultades de oficio que puede ejercitar el juez en un proceso de medidas cautelares:

1.- En el artículo 354 a) ACPC permite al juez la facultad de decidir la clase de medidas, que pueden ser distintas de las pedidas, siempre que sean menos gravosas para el demandado, pues la facultad judicial no abarca a la posibilidad de imponer otras medidas que puedan ser consideradas como más perjudiciales para el demandado. De este modo surge el contrasentido de que el juez pueda acordar "ex officio" una medida, en contra de la pretendida por la parte, siempre que no sea más gravosa.

2.- En el mismo artículo 354, apartado d) ACPC, se autoriza al juez a disponer de oficio la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada. Esta posibilidad es igualmente reforzada por la previsión de los artículos 395 y 396 ACPC.

3.- El artículo 866.1 ACPC, faculta al tribunal, a instancia del ejecutante, a acordar las medidas de "garantía" que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena. Puede entenderse, bien que goza el órgano jurisdiccional de la posibilidad de decretar a petición -genérica- del ejecutante las medidas que considere idóneas, o bien que podrá acordar, de entre las solicitadas, aquéllas medidas que considere adecuadas; lectura la última reforzada en el segundo párrafo según el cual, si se solicita concretamente el embargo preventivo, no hay discrecionalidad judicial en la clase de medida, luego a sensu contrario si no fuere pedida tal específica medida el tribunal adoptará las más apropiadas para el aseguramiento de la condena.

De la interpretación de los diversos preceptos surge otra cuestión esencial en la dispositividad, cual es si esta característica implica que el solicitante de la medida cautelar debe tanto establecer con claridad y precisión la clase de medida como también el régimen al que ha de estar sometida. En buena técnica procesal la dispositividad incorporaría también esta exigencia, con lo que la decisión judicial habrá de ser congruente amén de con la clase de medida pretendida asimismo con su contenido, permitiendo de esta manera, no sólo que la demandada pueda saber exactamente lo solicitado y defenderse adecuadamente contra ello sino también que el juez sepa acerca de lo que ha de

resolver. De imponerse tal determinación al solicitante se estaría atribuyendo al juez simultáneamente la facultad de acordar la medida y de precisar el régimen al que ha de estar sometida -facultad a veces de mayor calado que la de seleccionar una u otra medida-, así como la de establecer la forma, cuantía/ámbito/extensión y tiempo de la misma. En todo caso la congruencia no requiere del juez que, al acceder a la petición, deba hacerlo miméticamente sino que le obliga a ajustar su pronunciamiento a lo pretendido y a lo resistido; pero además viene impuesto legalmente por la nota de la "homogeneidad" con lo que constituya el objeto litigioso principal, por lo que no es de recibo que decrete el juez una medida cautelar, aún solicitada, si resulta inconexa. A mi juicio pues adquiere aquí pleno significado el deber del juez de ajustarse a la ley y de no acordar arbitrariamente la medida, a través del razonamiento de la adopción del amparo cautelar, de la medida concreta y del régimen de la misma, todo ello en virtud de lo que constituya o pudiere constituir el objeto del proceso principal.

4.- 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.

5.- Temporalidad.

Es consecuencia clara de su carácter instrumental. Así las medidas cautelares pese a producir efectos desde el momento en que son concedidas, tienen una duración temporal supeditada a la pendencia del proceso principal.

De este modo puede afirmarse que las medidas cautelares nacen para extinguirse, consecuencia clara de su carácter instrumental y provisional, dado que, en cuanto desaparecen los presupuestos o motivos que llevaron a la adopción de las medidas cautelares, se procederá al alzamiento o extinción de las mismas.

6.- Variabilidad.

Partiendo del principio rebus sic stantibus las medidas cautelares van a poder variarse, en tanto en cuanto se produzca variación de los presupuestos o motivos que hayan dado soporte a la adopción de las mismas. De este modo pueden ser modificadas (artículo 394 ACPC), sustituidas por otras (artículo 391 ACPC) o alzadas (artículo 395).

7.- Brevedad 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"; sí 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, 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 Anteproyecto, como posteriormente se examinará más detenidamente, establece un rápido trámite, tanto para la petición ordinaria con audiencia de parte (artículo 384 ACPC), como en los casos de oposición del demandado en las medidas acordadas inaudita parte (artículo 390 ACPC).

IV.- EFECTOS

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:

1.º) Determinación reglada de los mismos, estableciendo unas medidas cautelares que suelen llamarse típicas y que corresponden a presupuestos también determinados.

2.º) Atribución a los tribunales de una potestad para establecer las medidas cautelares que sean necesarias en atención a los presupuestos concurrentes. 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 Anteproyecto combina estas dos técnicas. Así en primer lugar los artículos 350, 351 y 357 vienen a establecer una serie de criterios con arreglo a los cuales deberá la potestad del tribunal de configurar las medidas cautelares. En segundo lugar el artículo 355 especifica algunas medidas que pueden ser acordadas como cautelares y cierra el catálogo en el artículo 356 con una

remisión a otras medidas que prevean expresamente las leyes, y con una cláusula general relativa a las medidas "que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional pretendida"). A través de esta combinación se garantiza por un lado un conjunto de medidas, algunas de las cuales son desarrolladas después ampliamente por el Anteproyecto, 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.

1.- Clases de efectos de las medidas cautelares

El tribunal puede dotar a las medidas cautelares que conceda de diferentes clase de efectos. En alguna de esas clases están incluidos efectos que la ley determina específicamente en el artículo 355 o en disposiciones a las que ese artículo remite.

A.- Efectos de aseguramiento

Estos efectos se caracterizan por mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan efectivamente hacerlo, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud. Además esta clase de efectos de las medidas no producen una satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal. 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 estos efectos son suficientes para posibilitar la efectividad de la sentencia, el tribunal deberá optar por los mismos con arreglo al 357 ACPC.

Un ejemplo del uso de este efecto es la resolución dictada en España por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2.º), de 7 de mayo de 2002 para el que 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 ACPC) 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.º, 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”.

Son efectos cautelares de esta clase los siguientes:

1.º) 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 (artículo 355.1º ACPC).

2.º) Las anotaciones preventivas de demanda de propiedad y otras anotaciones registrales, como en el Registro de la Propiedad cuando se se interpongan pretensiones fundadas en derechos reales, en derechos personales que puedan originar una modificación jurídico-real o pretensiones de contenido registral; la anotación preventiva de la demanda de incapacitación en el Registro de la Propiedad; la anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos de una sociedad anónima y de otras formas de sociedades. Mediante la publicación en el Registro de la situación litigiosa excluyen 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 (artículo 355.6º ACPC).

3.º) La intervención y la administración judiciales de bienes productivos, para que no pierdan su valor durante el proceso, a consecuencia de la mala gestión del demandado (artículo 355, 3º y 4º ACPC).

4.º) La formación de inventarios de bienes; el depósito judicial de bienes muebles; la intervención y el depósito de rendimientos que se obtengan por la explotación de derechos cuya titularidad y disfrute se reclama en el proceso (artículo 355.3º, 5º y 8º ACPC). 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 supera la mínima injerencia que suponía la clase anterior. Confieren una cierta satisfacción a la pretensión interpuesta en el proceso principal, en cuanto consisten en mantener un estado de hechos que beneficia al actor y cuya alteración por el demandado ha dado origen al litigio.

Este alcance de las medidas cautelares ha sido criticado en ocasiones por suponer una ejecución sin título. Sin embargo, si no se permitiera que las medidas tuvieran estos efectos, la consecuencia sería más grave: durante la pendencia del proceso de declaración, el litigio que, en la realidad, existe entre las partes, podría ser resuelto extraprocesalmente mediante la autotutela activa o pasiva de alguna de ellas, sin otro límite que el muy remoto (principio de intervención penal mínima) que pueda establecer la ley penal. El postulado del Estado de Derecho impone rechazar la autotutela e inclinarse decididamente por una tutela judicial provisional, aun con riesgos de error.

En este sentido la LEC dispone que las medidas cautelares puedan tener los siguientes efectos:

- 1º) Suspensión de acuerdos sociales impugnados (artículo 355.10º ACPC).
- 2º) Órdenes de que se cese en una actividad que desarrollaba el demandado (artículo 355.7º ACPC).
- 3º) Prohibición temporal de interrumpir o cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a efecto (artículo 355.7º ACPC)

Considérese este ejemplo: Residencial Mediterránea S.A. es promotora de una gran urbanización residencial en la Costa Blanca. 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 debida a un 25 por ciento. Residencial 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.

Con esta clase de efectos las medidas cautelares pueden llegar a conservar la situación existente al plantearse el litigio, evitando su alteración, tanto por una conducta activa, como por una omisiva, cuya legitimidad o conformidad a Derecho precisamente ha de ser debatida y resuelta en el proceso principal. La posibilidad de configurar medidas cautelares con estos efectos está delimitada por el carácter no definitivo que ha de tener, en todo caso, la tutela cautelar.

C.- Efectos innovativos de la situación existente al plantearse el litigio.

Con estas medidas ya no se trata de conservar una situación en la que tuvieran satisfacción derechos e intereses cuya tutela se pide en el proceso principal, sino de introducir una innovación, satisfaciendo lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido. Ejemplo típico de este efecto son los alimentos provisionales a cargo del demandado en los procesos de filiación.

No es seguro que, fuera de los casos expresos, deban entenderse prohibidas las medidas cuyos efectos alcancen a ser innovativos y satisfactivos de la pretensión.

1.º) El reconocimiento expreso en supuestos específicos y la limitación derivada de que el artículo 355.7º ACPC sólo se refiere a la posibilidad de prohibir la interrupción de prestaciones iniciadas, no excluyen la adopción de medidas con esta clase de efectos con base en el artículo 350 ACPC.

2.º) Las medidas cautelares en procesos de estado civil tienen, en algunos casos, esta clase de efectos. Piénsese, por ejemplo, en las medidas que pueden ser adoptadas en el proceso de incapacitación al amparo del artículo 643 ACPC, 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.

Con una petición de medida innovativa se enfrenta el *AJPI (31) Barcelona, de 8 de junio de 2001 (AC 2001\2332)*: que no se obstaculizara la apertura de un acceso desde un local comercial al zaguán del edificio, acceso previsto en la escritura, pero, al parecer, inexistente salvo en una concreta circunstancia. La medida no es desestimada por entender que esa clase de actuación no está comprendida entre los efectos legalmente autorizados para las medidas cautelares, sino porque la medida no es necesaria para la situación de peligro que ha sido acreditada.

2.- El criterio limitador de las medidas cautelares satisfactivas

En aquellos casos en los que sea posible adoptar algún tipo de medida cautelar satisfactiva, es preciso establecer un criterio de carácter negativo o limitador de la configuración que el tribunal puede hacer de las medidas de esa clase.

Concretamente:

1.º) Las medidas habrán de tener carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares y no habrán de prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.

La resolución que acuerde una medida satisfactiva genera un estado de cosas prácticamente equivalente al que origina la sentencia estimatoria, pero no equivalente en términos jurídicos, porque ha de respetar la eficacia temporalmente limitada de la tutela cautelar. Pero, además de este límite –que ya está implícito en la naturaleza jurídica de una medida cautelar– implica que ese estado de cosas prácticamente equivalente tenga unas características que le conviertan en materialmente irreversible.

2.º) El contenido de las medidas habrá de ser similar a lo que se pretende en el proceso. Contenido similar se contrapone a contenido igual. Esto no sólo excluye medidas que den lugar a un estado de cosas irreversible –que serían iguales a la tutela principal por la estabilidad de sus efectos–, sino también medidas iguales en el aspecto cuantitativo y en aspectos cualitativos distintos a la estabilidad.

V.- CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

1.- 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.

2.- 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 ACPC–, 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.

3.- Medidas cautelares específicas y genéricas

De la relación entre los artículos 355 y 356 ACPC 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 Anteproyecto 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 ACPC.

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

1ª) El embargo preventivo de bienes;

-
- 2ª) La prohibición general de disponer;
 - 3ª) La intervención o la administración judicial de bienes productivos;
 - 4ª) El secuestro de cosa mueble o semoviente;
 - 5ª) La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga;
 - 6ª) La anotación preventiva de la demanda, y otras anotaciones registrales si la publicidad registral es útil para garantizar el cumplimiento de la ejecución;
 - 7ª) 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;
 - 8ª) La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda;
 - 9ª) 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;
 - 10ª) La suspensión de acuerdos sociales impugnados.

VI.- FACULTADES DEL TRIBUNAL

En el artículo 354 ACPC se viene a establecer las concretas facultades que se conceden al tribunal que deba de 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 que

“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 cautelares solicitadas, y más teniendo en cuenta que a través de este artículo lo que se pretende es que sea el juez, y solo el juez, el que 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. 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 cuestiones a las que se refiere el artículo 354 ACPC, 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 artículos 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.- Adopción de oficio de medida diferente de la pedida menos gravosa para el demandado (artículo 357).
- 2.- Examen de oficio de la competencia y jurisdicción (artículo 381).
- 3.- Apreciación de todos los presupuestos procesales para su estimación (artículo 385.2).
- 4.- Fijación forma, tiempo y cuantía de la caución que debe prestar el solicitante (artículo 385.2).
- 5.- Eximir la prestación de caución en los casos del artículo 388.2.
- 6.- Ejecución 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.

EXAMEN DE LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

INDICE

- V. Introducción.
- VI. Peligro de mora procesal.
 - a. ¿En qué consiste el peligro de mora procesal?.
 - b. ¿Cómo influye el presupuestos del peligro en la concesión de las medidas?.
- VII. La apariencia de buen derecho.
 - a. Las situaciones jurídicas respecto de las que se puede producir tutela cautelar.
 - b. Los medios de acreditación de la apariencia de buen derecho.
- VIII. Prestación de caución por el solicitante.
 - a. Regla general de exigencia de caución y excepciones.
 - b. Criterios para determinar la cantidad garantizada por la caución.
 - c. La calidad de la caución.

I.- INTRODUCCIÓN

Los presupuestos ordinarios que deben concurrir para la adopción de medidas cautelares son el "fumus boni iuris" o apariencia de buen derecho y el "periculum in mora", o peligro de mora procesal. Se trata de unos condicionantes absolutos que deben concurrir para la adopción de esta clase de medidas. Además, también debe calificarse de presupuesto para la adopción de la medida cautelar la prestación de caución para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida pudiera causar al patrimonio del demandado. Los presupuestos se regulan en el artículo 351 ACPC, que se encabeza con la rúbrica "presupuestos" y señala:

"1. 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.

2. El solicitante deberá justificar también su derecho, de manera que permita al juez, sin prejuzgar el fondo, considerar provisional e indiciariamente que la pretensión tiene fundamento.

3. 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.

4. Contra el Estado no proceden las medidas cautelares para futura ejecución forzosa”.

Los dos primeros presupuestos deben concurrir al mismo tiempo. Ahora bien, son exigibles con distinta intensidad según se solicite una medida cautelar homogénea, subordinada a un proceso, o una tutela cautelar anticipatoria. En el primer caso, siendo necesaria la acreditación de ambos presupuestos, tiene una especial relevancia la acreditación por el solicitante de la existencia de un 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.

La razón de esta distinción se halla en la distinta naturaleza de la tutela solicitada en cada supuesto. Así, en las medidas anticipatorias se solicita una tutela sumaria, que va a anticipar el pronunciamiento favorable de la sentencia. Por ello exige la Ley que el solicitante de la medida aporte datos, argumentos y justificaciones que, conduzcan al Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, a un juicio provisional indiciario, según es propio de la tutela sumaria (artículo 351.2 ACPC). En el mismo sentido las cautelas anticipatorias tienen carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento. A pesar de este carácter temporal e instrumental, ocurre en la práctica forense, que al adoptarse este tipo de medidas, normalmente, ya no le resulte necesaria al solicitante de la cautela la incoación del correspondiente proceso declarativo por carecer de interés al haber conseguido aquélla. Así, por ejemplo cuando se hubiere solicitado y adoptado la intervención y depósito de ejemplares de obras producidas con violación de las normas de propiedad intelectual, o el cese de una actividad industrial, etc. Ahora bien, al no otorgar el Anteproyecto el tratamiento de tutela sumaria autónoma a la adopción de este tipo de medida, resulta obligado interponer aquella demanda, sino se hubiese interpuesto ya por exigirlo así el 352 ACPC, demanda que deberá plantearse en el plazo de diez días desde que se cumplieran las medidas cautelares acordadas. La omisión de este presupuesto provocará el alzamiento de la medida adoptada.

En cualquier caso, 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.

Procede pasar al examen individualizado de cada uno de estos presupuestos.

II.- PELIGRO DE MORA PROCESAL.

Está previsto en el artículo 351.1 ACPC cuando señala que “...justifique 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 muy difícil ejecución”.

El presupuesto de peligro por la mora procesal no sólo es el primero al que se refiere el artículo 351.1 ACPC, sino que es el principal reflejo de la finalidad institucional de la tutela cautelar en los presupuestos de las medidas. El aseguramiento de la efectividad de la tutela judicial se dispone, precisamente, para contrarrestar los riesgos que pueden impedir la o dificultarla.

1.- ¿En qué consiste el peligro por la mora procesal?

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 con ocasión de la necesaria dilación temporal en alcanzarse, tras la realización del proceso de declaración, la sentencia que conceda aquella tutela.

Desde la clásica aportación de CALAMANDREI, suele resaltarse la distinción entre peligro de infructuosidad –consistente en que la ejecución sea posible o difícil en el momento en que proceda– y peligro de retraso –daño inmediato e irreparable que se produce por el simple retraso en obtener la prestación–.

Los riesgos para la efectividad de la tutela pretendida en el proceso de declaración pueden presentar una gran variedad, pero se puede intentar una enumeración aproximativa más completa que la anterior:

1.º) 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.º) 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.º) 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 ínterin del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe y 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 inefectivas si, durante el proceso de incapacitación, el presunto incapaz ha vaciado su patrimonio.

4.º) Por fin, 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.

2.- ¿Cómo influye el presupuesto de peligro en la concesión de las medidas cautelares?

Las características de la situación de peligro como condicionante de la concesión de una medida cautelar son las siguientes:

1.º) La concreta probabilidad de peligro para la efectividad de la sentencia ha de ser justificada para la concesión de la medida cautelar.

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.

2.º) Las situaciones de peligro en la demora no están legalmente limitadas, porque tampoco las medidas tienen una eficacia legalmente especificada, sino configurada según las características generales del artículo 357 ACPC. 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 ACPC: 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.

3.º) 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.

En este sentido citarse esta resolución dictada en España, y a título de ejemplo:

A.- El AAP Valladolid (Sección 3.º), de 28 de junio de 2002 (AC 2002\1198), respecto de una medida cautelar de embargo preventivo, estima que la justificación 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, en cierto momento, 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 ejemplos de la práctica forense española a la hora de aplicar este mecanismo de protección del demandado frente a las pretensiones cautelares del solicitante de medidas cautelares, ha venido contemplándose en la práctica atendiendo a las circunstancias concurrentes, tanto respecto a la prolongación temporal, como al consentimiento de la situación, así el Auto AP Guadalajara de 4-11-02, 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 art. 728...". En Auto AP Murcia, Sección 3.º, de 22-01-2003, ante la solicitud de una anotación preventiva de la demanda, se 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.

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 fuera pedida en cierto momento, 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.

III.- LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO.

La previsión legislativa de las medidas cautelares es explicable por la consideración de un eventual resultado procesal favorable al actor. 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 al actor.

Ahora bien, esa exigencia no puede llevarse hasta el extremo de que el material (alegaciones, pruebas) que el juez deba tomar en consideración para otorgar la 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 establezca. 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 dificultad que está destinada a superar.

Basta que se demuestre la probabilidad del derecho u otra situación jurídica cuya tutela se pretende en el proceso principal. En este sentido el 351.2

ACPC dispone que "El solicitante deberá justificar también su derecho, de manera que permita al juez, sin prejuzgar el fondo, considerar provisional e indiciariamente que la pretensión tiene fundamento".

El régimen de este presupuesto plantea dos cuestiones que deben ser tratadas por separado: la relación entre la situación jurídica de la que se pide tutela en el proceso principal y la medida cautelar; las formas previstas por la ley para el acreditamiento de aquella situación.

1.- Las situaciones jurídicas respecto de las que se puede pedir tutela cautelar

La ordenación del Anteproyecto presenta dos características fundamentales:

1.º) Por regla general, no hay medidas cautelares exclusivamente previstas para determinadas situaciones jurídicas. No obstante, las características generales que rigen la potestad de concreción de las medidas cautelares (artículo 357 ACPC) imponen que entre la pretensión procesal –la tutela judicial que podrá obtenerse con su estimación– y la medida cautelar que se solicite, exista una adecuación, de manera que la medida sea cuantitativa y cualitativamente apropiada para el fin de garantizar la efectividad de aquella tutela.

Este vínculo de adecuación aparece en diferentes reglas del artículo 355 ACPC, que especifican –sin carácter limitativo– algunas medidas cautelares: las pretensiones de condena dineraria tienen como medida apropiada el embargo preventivo (artículo 355.1º en relación con el artículo 358 ACPC); si la petición de tutela se refiere a bienes productivos, la intervención y la administración judiciales son las adecuadas para garantizar la productividad (artículo 355.3º en relación con el artículo 367 ACPC), etc.

Presupuesta la necesidad de este vínculo de adecuación, se comprende bien la razón de ser de una norma como la del artículo 358.3 ACPC, que establece la procedencia del embargo preventivo, incluso cuando la pretensión principal no fuera de condena dineraria, pero el embargo resultara "medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado". En definitiva, aunque se pretendan condenas al cumplimiento de obligaciones no dinerarias, un embargo preventivo siempre puede asegurar, por ejemplo, la ejecución subsidiaria por el equivalente dinerario de la prestación específica incumplida (artículos 866 y 867 ACPC) así como cualquier otro supuesto contemplado en el Anteproyecto en sede de ejecución de obligaciones de hacer, no hacer o dar.

2.º) La fórmula general utilizada por el artículo 351.2 –"considerar provisional e indiciariamente que la pretensión tiene fundamento"– garantiza que, cualesquiera sean las características de la pretensión interpuesta en el proceso

principal, podrá tener una medida cautelar adecuada, siempre que, obviamente, concurren los demás presupuestos.

No sólo la pretensión no puede entenderse limitada a la de condena –comprende también las pretensiones meramente declarativas y las constitutivas–, sino que tampoco se limita el fundamento y la justificación de tales pretensiones en Derecho material. Este fundamento puede hallarse tanto en relaciones jurídicas de obligación, en derechos reales u otros derechos absolutos sobre bienes inmateriales, en derechos de la personalidad, en facultades jurídicas de impugnación de actos y negocios jurídicos; en definitiva, en cualquier fundamento que pueda hallarse en el ordenamiento para una pretensión procesal.

2.- Los medios de acreditamiento de la apariencia de buen derecho

En el Código de Procedimiento de 1906 no existe ninguna referencia a los medios de pruebas a través de los cuales debe acreditar el demandante la prueba semiplena del derecho que reclama, tal como le impone el artículo 280 CP. Por ello el medio requerido, por regla general, para el acreditamiento de la situación jurídica cautelable suele ser el documento, no como prueba documental, sino como justificación documental, como principio de prueba por escrito.

Por acreditamiento documental había que entender un documento de los llamados negociales –atribuibles y oponibles a los titulares de la situación jurídica cautelable– o imperativos; en ningún caso documentos testimoniales, en los que un tercero expresa un conocimiento o una apreciación técnica acerca de la existencia de la situación cautelable o de elementos de la misma.

No obstante su eficacia y extensión en la práctica forense acudir en exclusividad a este modo de acreditamiento impedía o dificultaba en exceso la obtención de la tutela cautelar para determinadas pretensiones.

En el Anteproyecto se ha clarificado la situación de tal manera que el artículo 384.2 ACPC señala que “...Podrán servirse de cuantos medios de prueba consideren convenientes, siempre que, a la vista de las circunstancias y la sumariedad con que deba celebrarse la audiencia, el juez acuerde su práctica”.

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 exigibilidad de la prestación, hechos determinantes de nulidad, anulabilidad, resolución, etc. de relaciones jurídicas y negocios jurídicos, en general siempre que los efectos jurídicos para los que se pide tutela deriven de la ley por haber acaecido los hechos que dan lugar al efecto previsto por la misma.

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.

IV.- PRESTACIÓN DE CAUCION POR EL SOLICITANTE.

La tutela cautelar conlleva por esencia decidir con inseguridad. Por eso el establecimiento de técnicas de garantía para los casos de error es útil para contrarrestar posibles recelos frente a la concesión de esa tutela. Una de las piezas fundamentales del sistema de tutela cautelar es la caución que ha de prestar el solicitante de la medida. Mediante la caución el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida a una indemnización no sólo está respaldado por el patrimonio del solicitante, como soporte ordinario de su responsabilidad, sino con una garantía específica.

1.- Regla general de exigencia de la caución y excepciones

El 386 ACPC establece que "*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".

Es decir: la regla general viene constituida sobre la necesidad de esta caución que se articula como un auténtico presupuesto procesal para la estimación de la medida, pues el solicitante deberá ofrecer la caución por imperativo del artículo 386.1 ACPC, y el juez deberá de fijar la misma en el auto en el que se concedan las medidas cautelares, tal como le impone el artículo 385.2 del Anteproyecto. El papel de la caución se refuerza en 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 lleve a ejecutarse en el caso de que el solicitante de la medida no preste la caución en la cuantía y forma determinada por el tribunal.

Esta es la regla general y como tal aplicable a la mayoría de los procesos de medidas cautelares que se interpongan. Ahora bien, el propio Anteproyecto establece una serie de excepciones a este principio general, determinando expresamente en qué casos no debe prestarse caución por el solicitante de las medidas cautelares. Sí hay que dejar claro desde un principio que los supuestos que se van a señalar a continuación son los únicos que el legislador considera que no procede la fijación de la medida cautelar, sin perjuicio de que en leyes especiales se puedan establecer otras excepciones en esta materia. Como excepciones a la regla general se pueden señalar:

a.- Demandante que tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, tal como lo previene el artículo 388.1 ACPC.

Esta excepción está justificada por la necesidad de evitar que los costes del proceso impidan a una persona la reclamación de sus legítimos derechos ante un tribunal de justicia, principio constitucional que debe extenderse no solo al proceso principal, sino a todos los incidentes que en el mismo puedan surgir, y entre ellos la concesión de medidas cautelares.

b.- Decisión judicial en caso de desequilibrio entre las capacidades económicas de los litigantes, prevista en el artículo 388.2 ACPC.

Esta facultad judicial implicará que el juez en el auto que debe de dictar al decidir sobre las medidas cautelares establezca, bien de oficio o a petición de parte, que puede ser exceptuado el solicitante de medida cautelar al existir un profundo desequilibrio económico con relación al demandado frente al que se pide la medida cautelar. Es una facultad que puede generar evidentes perjuicios a la parte demandada al no ver garantizados los daños y perjuicios que la medida cautelar le puede ocasionar con una efectiva garantía previamente prestada, lo que implica que dicha facultad debe de acordarse con prudencia y con una especial motivación en el auto de concesión de la medida. No es una previsión aplicable de forma general, pues de hacerlo así se evitaría la función de límite a medidas cautelares desproporcionadas o coactivas que cumple la caución, pudiendo tener un efecto perverso no solo sobre el propio demandado (al no ver garantizada la indemnización en caso de desestimación de la medida), sino también con respecto al propio demandante, pues podría dar lugar a una tendencia a la no concesión de la medida cautelar. El juez debe ponderar necesariamente 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 genere automáticamente esta exención de caución, para decidir de manera razonada y prudente sobre la aplicación de esta facultad, tal como expresamente se indica en el propio artículo 388.2, in fine.

c.- Decisión judicial en procesos en defensa de intereses generales, colectivos o difusos de protección de consumidores o medio ambiente.

Se trata de una excepción derivada de la facultad general concedida al juez en el artículo 388.2 y en la que el legislador establece una subespecie de procesos en los que la solicitud de medidas cautelares, por el propio interés social que dichos procesos representan, no debe de llevar aparejada la prestación de caución por el solicitante. Son procesos en los que existe un evidente desequilibrio económico, pues no se olvide que tanto la protección de los consumidores o del medio ambiente se suele plantear frente a empresas económicamente muy potentes, y por encima del interés individual de los actores, prima el interés colectivo o social que representa la sentencia que se pueda dictar favorable a la demanda. Por ello dicho interés social y de protección de la parte más débil en la contratación en masa, el consumidor, justifica que el legislador exima de caución a este tipo de demandas y de solicitudes de medidas cautelares.

d.- Estado, como establece el artículo 388.3 ACPC.

El citado artículo expresamente señala que “*En ningún caso se exigirá caución al Estado cuando éste solicite medidas cautelares*”. Las razones que justifican esta excepción son de dos tipos. En primer lugar el Estado defiende el interés público en su actuación procesal, y por ello no es posible entender que plantee situaciones cautelares con un carácter coactivo o desmesurado. En segundo lugar, el Estado tiene siempre capacidad económica suficiente para poder garantizar los daños y perjuicios que la medida cautelar que se adopte puede producir al demandado, por lo que no opera la función de garantía que corresponde a la caución.

Además se hace preciso añadir dos precisiones más. La primera es que el Estado al que se refiere el texto es lógicamente a la República de Honduras, de tal 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 ACPC es una norma procesal en blanco que se rellenará con las específicas previsiones administrativas sobre esta cuestión.

e.- Litigante que haya obtenido una sentencia favorable, como prevé el artículo 388.4 ACPC.

Lógicamente este supuesto va referido al caso de que se soliciten medidas cautelares en segunda instancia o en el recurso extraordinario de casación, y bien en relación con una sentencia favorable en primera instancia o bien en apelación. En todo caso es preciso señalar que es una previsión en principio adecuada, dado que la apariencia de buen derecho se fortalece de manera evidente por una decisión judicial a favor, pero cuya efectividad práctica es muy limitada, pues será mucho más efectivo, y también sin prestación de

caución, solicitar la ejecución provisional de la sentencia que nuevas medidas cautelares en sede de recursos.

2.- Criterios para determinar la cantidad garantizada por la caución

El último presupuesto para la adopción de las medidas cautelares es el de la caución. A este respecto el artículo 386.1 establece que el solicitante de la medida ha de prestar caución 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. La caución, como presupuesto de la medida cautelar, debe satisfacerse previamente al cumplimiento de la medida adoptada (artículo 386.2 ACPC).

La caución tiene por finalidad garantizar los daños y perjuicios que la respuesta, rápida y efectiva de la adopción de la medida cautelar pudiera causar en el patrimonio del demandado. En cuanto a la cuantía, ésta se determinará por el tribunal: "... *siempre respetando al proporcionalidad en relación con la capacidad económica del solicitante*" (artículo 387.2 ACPC). De modo concordante y complementario, en sede de procedimiento de adopción de la cautela, el artículo 385.2 prevé que el Tribunal decidirá sobre la forma, cuantía y tiempo de la caución, desarrollando importantes facultades a la hora de concretar la caución, pudiendo aceptar la ofrecida, graduarla, modificarla o incluso cambiarla si lo considera conveniente, como señala el artículo 387.2 ACPC.

El presupuesto de caución queda condicionado por tres parámetros o límites. En este sentido, el Anteproyecto introduce nuevos criterios de determinación de la caución con respecto a la regulación del Código Procesal de 1906, el cual no preveía ni siquiera la obligación o posibilidad de exigir caución al solicitante de providencias precautorias.

Así, el Tribunal atenderá, en orden a la determinación de la caución, a los siguientes criterios:

1.º A la naturaleza y contenido de la pretensión.

Este primer criterio cabe referirlo a la pretensión cautelar. Es decir, a la cautela que se ha solicitado. Según esta interpretación el tribunal deberá fijar la caución en función de la afectación que la cautela solicitada vaya a producir en el patrimonio del demandado, con la finalidad que, en su caso, pueda responder de los daños causados.

La cuantía de la caución la determinará el Tribunal atendiendo, por una parte, a la apariencia de buen derecho acreditada por el actor y, por otra, a la propia pretensión cautelar. De otro modo, atender a la pretensión contenida en la demanda constituiría un criterio erróneo, ya que lo determinante no debe ser lo que se pide en la demanda, sino la apariencia acreditada de que se tiene razón para pedir la adopción de la cautela. En realidad, a efectos de determinar la

caución, lo que se pide en la demanda no resulta decisivo, pero sí la clase y contenido de la pretensión cautelar y el grado de afectación o de perjuicio que puede producir en el patrimonio del demandado. En todo caso, el tribunal debe adoptar la cautela menos gravosa o perjudicial para el demandado.

2.º A la valoración que realice el Tribunal respecto a la prueba aportada por el solicitante, en orden al fundamento de la adopción de la cautela.

No presenta especial problema el segundo criterio, referente a la valoración de la prueba, ya que el Tribunal deberá limitarse a aplicar las reglas generales sobre prueba. Ahora bien, deberá tener presente que lo que debe valorar son sólo principios de prueba, que sirvan para justificar la adopción temporal de una determinada medida cautelar, sin que con esta valoración se entienda prejuzgado el fondo del asunto.

3.º A razones o motivos de idoneidad y suficiencia con relación a la cuantificación de los daños y perjuicios que se pudieran causar al patrimonio del demandado.

El tercer criterio, referido a la idoneidad y suficiencia de la caución, encierra una regla de cierre del sistema. En este sentido, no debe olvidarse que el primer criterio que debe determinar la cuantía de la caución no es otro que garantizar los daños y perjuicios que se pudieran causar al demandado. Sin embargo, el tribunal debe atender en primer lugar a la concurrencia de los presupuestos de adopción de la medida, concretamente a la apariencia de buen derecho, al riesgo de demora, así como a la cautela solicitada, para, posteriormente, decidir en orden al importe de la caución atendiendo a su idoneidad y suficiencia en el marco de los criterios expuestos. Ahora bien, debe subrayarse que si la suficiencia fuese un criterio absoluto o excluyente no podrían adoptarse medidas cautelares cuando el solicitante careciere de las suficientes posibilidades económicas para atender a la caución, aun cuando concurrieran suficientemente la apariencia de buen derecho y el riesgo de demora. Por tanto, deberá aplicarse con prudencia por el Tribunal, teniendo en cuenta el criterio de la proporcionalidad, reconocido en el artículo 387.2 ACPC.

4.º A la capacidad patrimonial del solicitante de las medidas.

Es el último criterio a valorar a la hora de determinar el alcance de la caución a prestar en sede de medidas cautelares. Es difícil el equilibrio entre la protección de los intereses del demandado y la adecuación de la caución a las posibilidades económicas de la parte demandante y es imposible encontrar una solución general y válida para todos los supuestos, por lo que habrá que atender al caso particular que se examine. 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 y a la vez que una caución escasa no garantiza el derecho del demandado a ser resarcido de los daños y perjuicios en caso de ser desestimada la medida cautelar (en relación a las

costas) o bien al no prosperar la pretensión principal (con relación a los perjuicios derivados del mantenimiento de la medida).

También puede plantearse si es posible suplir la debilidad de los argumentos del solicitante, con la prestación de mayor caución. A nuestro parecer, no cabe tal posibilidad, ya que en nuestro derecho la adopción de medidas cautelares está condicionada por su finalidad y función en el proceso, y no por una mayor o menor caución. O bien se dan los presupuestos de la medida: "periculum in mora", y "fumus boni iuris" y, por tanto, procede adoptar la medida con la determinación de la caución según los criterios expuestos, o bien no se dan suficientemente estos presupuestos, y no cabe suplir su insuficiencia con una mayor caución. No obstante, corresponderá al tribunal, en cada caso, conjugar aquellos presupuestos, valorar el caso concreto y, posteriormente, acordar o no la medida solicitada con la caución que considere adecuada.

3.- La calidad de la caución

Son específicamente admisibles (artículo 387.1 ACPC) como caución el dinero en efectivo, cheque certificado, cheque de gerencia o de caja, garantía bancaria o de instituciones financieras. Ofrecida una garantía de alguna de estas clases, el juez no puede rechazarla en atención a su calidad, siempre que se pueda considerar como suficiente a los efectos de garantía 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.

PROCEDIMIENTO CAUTELAR

INDICE

- XV. Introducción.
- XVI. Solicitud de medidas cautelares
 - a. Requisitos de la solicitud.
 - b. Carga de acompañamiento.
- XVII. Los presupuestos procesales en el procedimiento cautelar.
 - a. La competencia internacional.
 - b. La jurisdicción por razón de la materia.
 - c. Competencia objetiva.
 - d. Competencia funcional.
 - e. Competencia territorial.
 - f. Tratamiento procesal de los presupuestos procesales. Medidas cautelares en prevención.
- XVIII. Las partes.
 - a. Especialidades en postulación.
 - b. Legitimación y normas especiales sobre la misma en la tutela cautelar.
 - c. Intervención de un tercero en las actuaciones procesales cautelares.
- XIX. Medidas cautelares antes de la demanda .
 - a. Ámbito.
 - b. Requisitos.
 - c. Procedimiento.
 - d. Vigencia y alzamiento de estas medidas.
- XX. Medidas cautelares con la presentación de la demanda.
 - a. Solicitud.
 - b. Admisión de la petición cautelar.
- XXI. Medidas cautelares posteriores a la demanda y en fase de recursos.
- XXII. Tramitación sin audiencia previa.
 - a. Presupuestos y trámite procesal.
 - b. Resolución.
 - c. Oposición del demandado.
 - i. Solicitud
 - ii. Sustanciación
 - iii. Decisión.
- XXIII. Tratamiento de las cautelas con audiencia previa.
 - a. Convocatoria de la audiencia.
 - b. Sustanciación de la audiencia.

- c. Resolución.
- XXIV. Recursos
 - a. Auto estimatorio de las cautelas.
 - b. Auto desestimatorio de las cautelas.
- XXV. Ejecución de las medidas cautelares
 - a. Prestación de caución para el cumplimiento de las medidas.
 - b. Excepciones a la prestación de caución.
 - c. Forma de la caución.
- XXVI. Modificación y revocación de las medidas cautelares.
 - a. Modificación de medidas como consecuencia de alteraciones del proceso principal.
 - i. Sentencia estimatoria condenatoria firme.
 - ii. Sentencia estimatoria no firme.
 - iii. Sentencia absolutoria firme.
 - iv. Sentencia absolutoria no firme.
 - v. Sentencia parcialmente estimatoria.
 - vi. Caducidad de las medidas cautelares.
 - b. Modificación por alegación de hechos nuevos.
- XXVII. Caución sustitoria.
- XXVIII. Indemnización de daños y perjuicios.
 - a. Responsabilidad objetiva del solicitante.
 - b. Supuestos.
 - c. Contenido.

I.- INTRODUCCIÓN

El procedimiento para la adopción de las medidas cautelares se disciplina en Título III del Libro III del Anteproyecto, concretamente en los artículos 380 a 393. Se trata de un conjunto de preceptos que desarrollan de modo unitario el procedimiento cautela. Se afronta decididamente en Anteproyecto el procedimiento cautelar ofreciendo un sistema completo que regula las clases, presupuestos, procedimiento y los incidentes de modificación y alzamiento de las medidas cautelares.

La nueva regulación supone una novedad en el ámbito del derecho hondureño, carente en el todavía vigente Código de Procedimiento de 1906 de previsión alguna en materia procedimental en sede de providencia precautorias, como se observa por la simple lectura de los artículos 270 a 285 CP en los que no se contiene norma alguna reguladora del procedimiento de obtención de las medidas cautelares, a pesar de la especialidad de este tipo de pretensión procesal que justifica un procedimiento diferente a otros incidentes que pueden surgir en el proceso. Este vacío legal se llena de forma satisfactoria en el Anteproyecto, dando lugar a un proceso unitario y completo que va a dar la necesaria seguridad a los litigantes y garantizar los derechos tanto del solicitante de la medida como del demandado afectado por la misma, estableciendo las cautelas necesarias para lograr que las medidas cautelares se conviertan en una realidad habitual en la práctica judicial hondureña.

II.- SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

Para la resolución sobre la tutela cautelar en el proceso civil rige, como regla general, el principio dispositivo. La petición de parte (artículo 350.2 ACPC) es presupuesto de la concesión de la tutela cautelar y también medida de la tutela que se puede conceder. Esta regla general tiene excepciones en algunos procesos no dispositivos de acuerdo con lo previsto en el propio Código, tal como establece el mismo artículo 350.2: es el caso de las medidas de los procesos sobre la incapacidad de las personas (artículo 643 ACPC) y sobre filiación (artículo 649 ACPC).

1.- Requisitos generales de la solicitud

El artículo 380 ACPC enuncia el contenido de la petición, necesariamente por escrito, lo que excluye cualquier posible petición oral de las medidas cautelares. La solicitud no precisa de la adopción de la forma externa de una demanda sujeta a los requisitos generales, pero sí deberán determinarse los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado cuando se trate

de peticiones *ante demandam*, o por relación con aquellos obrantes en el proceso cuando se soliciten con la demanda principal o posteriormente a su prosecución. Y además deberá consignarse en la solicitud los siguientes extremos:

a.- Alegación y justificación cumplida de los presupuestos de fumus boni iuris y periculum in mora.

El artículo 380.1 ACPC señala que debe justificarse cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción. No bastará que en forma enunciativa se aluda genéricamente a los mismos, sino que debe de ser razonada y justificada cumplidamente que concurren todos los requisitos para que la cautela pedida sea adoptada por el Tribunal. Lo difícil será establecer cuáles son sus límites, máxime si tenemos presente que no puede convertirse el proceso cautelar en un proceso "paralelo" idéntico al de declaración pues, de admitirse, no sólo se correría el riesgo de inutilidad del proceso de declaración, sino que el Juez podría quedar contaminado y vendría a resolver anticipadamente la cuestión de fondo que debe reservarse a la sentencia definitiva que concluye la correspondiente instancia procesal.

b.- El ofrecimiento de la prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituirla y justificación del importe que se propone.

El 380.3 ACPC dispone que el solicitante deberá ofrecer caución para la adopción de la medida, especificando el tipo de la misma y la cuantía que se propone. La única excepción viene determinada por los casos en los que no debe de prestarse caución por existir una exención legal, como por ejemplo las previstas en el artículo 388 ó en el artículo 575 ACPC), en cuyo caso deberá de justificar el solicitante de la medida los motivos de exención que alegue en su solicitud.

c.- Cuando las medidas se instan antes de la demanda, precisar las razones de urgencia o necesidad precisas para que se adopten las cautelas con anterioridad a la presentación de la demanda –artículo 383.2 ACPC-.

d.- Si fueran posteriores a la presentación de la demanda o reconvencción señalar los hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos.

e.- La proposición de pruebas que se estimen necesarias para la justificación de la petición de cautelas.

El artículo 380.2 ACPC señala que “*se acompañarán los documentos que la funden y en ella se propondrán otros medios de prueba para acreditar los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares*”. Por tanto el solicitante deberá de incluir en su petición aquellas pruebas de las que intente valerse a los efectos de justificar los presupuestos procesales para la adopción de la concreta medida cautelar solicitada.

Puede surgir la duda sobre si es posible o no la proposición de prueba posterior por parte del solicitante. Ante la falta de norma expresa prohibitiva, como por ejemplo ocurre en el artículo 732.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, hay que entender que el solicitante podrá proponer la prueba que considere oportuna en el acto de la audiencia que debe celebrarse por imperativo del artículo 384.2 ACPC, en el que se señala que las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba consideren necesarios. Ahora bien, lo que no es posible es aportar documentos diferentes en la audiencia, pues en este caso el artículo 380.2 ACPC si 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. 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 y siempre que los mismos puedan ser practicados en el propio acto de la audiencia, pues en caso contrario se podrían producir suspensiones continuas que retrasarían la resolución sobre las medidas cautelares.

Por su parte el demandado podrá proponer en la audiencia que se celebre todos los medios de prueba que considere oportunos, tanto documentales como de otro tipo.

f.- Las medidas concretas que se solicitan siempre que guarden la debida proporcionalidad y menor onerosidad con las peticiones deducidas.

El artículo 380.1 ACPC establece la necesidad de concretar las medidas que se solicitan, que necesariamente deben ajustarse a las exigencias de proporcionalidad y menor onerosidad para el demandado que debe tener en cuenta el tribunal a la hora de conceder la medida cautelar como le impone el artículo 357 ACPC: *“podrá el tribunal ordenar 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 pedida. Sin embargo, no se podrán ordenar otras medidas cautelares más gravosas que las efectivamente solicitadas.”*

Las cautelas quedan sujetas al principio dispositivo si bien no rige una estricta congruencia en el bien entendido sentido que siempre le cabe al órgano judicial otorgar la medida más adecuada y menos onerosa en relación con el derecho controvertido, observando la debida proporcionalidad, en los términos señalados en el artículo 357 ACPC. En todo caso, la parte puede especificar una o varias medidas, acumulativa o eventualmente, para que pueda el órgano judicial decidir aquélla que resulte más conveniente para la defensa de sus legítimos intereses puesto que el demandado también tiene derecho a que el estado de

reintegración (caso de desestimarse la petición) se lleve a cabo en las condiciones más favorables.

g.- La petición, en su caso, con justificación razonable de que las medidas cautelares se adopten por razones de urgencia, sin audiencia de la contraparte.

Las medidas cautelares se adoptarán, por regla general, con audiencia del demandado. Ahora bien, como excepción se posibilita en el artículo 383.2, que el Juez pueda acordarlas sin audiencia, cuando el solicitante lo hubiera solicitado y justificado en el escrito inicial, bien por razones de urgencia o bien por que la audiencia pueda comprometer el éxito de la medida cautelar.

Por otra parte, ha de señalarse que el escrito de solicitud, al igual que las peticiones que se realicen con la demanda o la reconvencción o durante la sustanciación de la litis, deberá ser suscrito por Abogado, siempre que se exija en el correspondiente proceso de declaración del que sean accesorias, remitiéndonos a las reglas generales del artículo 79ACPC. Ahora bien, como excepción, el escrito de solicitud de la medida puede firmarlo el interesado cuando se trate de peticiones de medidas cautelares *ante demandam*, como le autoriza el artículo 80 ACPC.

2.- Carga de acompañamiento.

De acuerdo con el artículo 380.2 ACPC "*Se acompañarán a la solicitud los documentos que la funden y en ella se propondrán otros medios de prueba para acreditar los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares*".

Se ha señalado anteriormente que en relación a los documentos estamos en presencia de un momento preclusivo de aportación para el demandante, pero sin embargo es posible admitir excepciones a tal afirmación, como por ejemplo las referidas a documentos o medios asimilados cuya relevancia sólo se pueda apreciar a la vista de la contestación del demandado, como las referidas a los documentos o medios asimilados de fecha posterior o descubiertos con posterioridad.

Es decir, a la demanda se acompañarán los documentos que justifiquen la adopción de la cautela pedida y, en su caso, se pedirá (en el escrito inicial) la práctica de los medios de prueba que conduzcan a fundar la pretensión, los cuales deben admitirse o denegarse en la providencia de señalamiento de la vista para su práctica en la audiencia; preclusión que si bien rige con relación a la justificación de los presupuestos de la tutela cautelar no lo es así en relación a la parte demandada por ser en el momento de la vista, y no otro, cuando realiza la exposición de hechos.

III.- LOS PRESUPUESTOS PROCESALES EN EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR

La normativa reguladora de los presupuestos procesales para la tutela cautelar ha sido ubicada en el Título I, en sede de disposiciones generales.

1.- La competencia internacional

Cuando se trate de litigios extranjeros, el artículo 353.2 ACPC dispone que *“Quien acredite ser parte en procesos judiciales o arbitrales seguidos en otro Estado, podrán solicitar de los órganos jurisdiccionales hondureños la adopción de medidas cautelares respecto de bienes situados o actos que se estén realizando en Honduras, de conformidad con los Tratados y Convenios internacionales aplicables”*.

A los efectos examinados, cuando se trata de un proceso con elemento de extranjería el artículo 381.2 ACPC determina la competencia a favor del Tribunal del lugar que el laudo o sentencia extranjera deba ser ejecutada, y, en su defecto, el del lugar donde las medida deban producir su eficacia, con la sola excepción de lo que especialmente se hubiera previsto en los Tratados internacionales.

2.- La jurisdicción por razón de la materia

Se admite que los Tribunales del orden civil puedan adoptar cautelas cuando se haya incoado un proceso arbitral, de conformidad con el artículo 353.1 ACPC siempre que se acredite ser parte en un proceso arbitral pendiente en Honduras.

Asimismo, ha de significarse que sólo cabe la petición de medidas coetáneas al proceso arbitral cuando éste esté efectivamente iniciado y no antes del comienzo del procedimiento arbitral. A los efectos examinados, cuando se trata de proceso arbitral el artículo 381.2, determina la competencia a favor del Tribunal del lugar que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia.

3. La competencia objetiva.

La competencia objetiva viene establecida en el artículo 381.1 ACPC. Ésta se residencia en el órgano que se encuentre conociendo la cuestión litigiosa, y si no se hubiera iniciado el proceso, a quien corresponda el conocimiento del asunto principal.

Se ha discutido doctrinalmente si el conocimiento de las medidas cautelares debería atribuirse a un órgano jurisdiccional distinto del competente para el proceso principal o bien al mismo que debe de conocer del proceso o esté

conociendo del mismo, dada la posible “contaminación” de éste último al resolver sobre las medidas solicitadas al poder crearse la apariencia de que anticipa el fallo del pleito principal. El Anteproyecto opta por no separar la competencia. Esta opción no desconoce el riesgo de que la decisión sobre las medidas cautelares, antes de la demanda o ya en el seno del proceso, genere algunos prejuicios o impresiones en favor o en contra de la posición de una parte, que puedan influir en la sentencia. Pero, además de que ese riesgo existe también al margen de las medidas cautelares, pues el prejuicio podría generarse también en otros momentos procesales como en la audiencia previa al juicio o tras la lectura de demanda y contestación, considerando el Anteproyecto que todos los Jueces y Magistrados están en condiciones de superar impresiones provisionales para ir atendiendo imparcialmente a las sucesivas pretensiones de las partes y para atenderse, en definitiva, a los hechos probados y al Derecho que haya de aplicarse.

Es cierto que se corre el riesgo de convertir la tutela cautelar en un juicio paralelo y antecedente al del fondo. Ciertamente el juicio se establecerá sin prejuzgar el fondo del asunto mediante un enjuiciamiento provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. No obstante, debe ponerse de manifiesto el difícil deslinde de las cuestiones referidas a las medidas cautelares y el fondo del asunto. Por otra parte, la importancia que la adopción de las cautelas tiene para la posterior efectividad de la sentencia conducirá a las partes al ofrecimiento de justificaciones y argumentos que sobrepasarán los cauces del juicio cautelar. Con la actual redacción del Anteproyecto, y en la medida que se trata de acreditar solamente los extremos relevantes al Juez le será suficiente la "impresión" mediante un juicio provisional e indiciario, que no debe entrar a un análisis del fondo del asunto y que no debe alcanzar al agotamiento de los medios de prueba practicados en las diligencias cautelares solicitadas, de forma que éstas se conviertan en una repetición del juicio que debe desarrollarse en el proceso principal, así como tampoco pueden agotarse en la motivación del auto resolviendo las medidas cautelares los argumentos de fondo del asunto que deberán ser objeto de desarrollo en la sentencia.

4.- Competencia funcional

Para determinar la competencia cuando la litis se encuentre en sede de recursos –artículo 381.1 ACPC-, la regla es la atribución de su conocimiento al Tribunal que se encuentre conociendo del recurso, bien el ordinario de apelación o bien el extraordinario de casación, lo que determinará la competencia del Juzgado de Letras o la Corte de Apelaciones (artículo 707) en el caso de la apelación, o la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia (artículo 719) en el caso de la casación.

5.- La competencia territorial

La competencia territorial y su tratamiento procesal se desarrolla en los artículos 381.1 y 382 del Anteproyecto: serán aplicables los fueros territoriales establecidos en los generales de los artículos 34 y siguientes aplicables al caso

tanto si se hubiera iniciado el proceso (quien conozca del mismo) o se solicitasen antes de la presentación de la demanda (quien debiera conocer del proceso).

6.- Tratamiento procesal de los presupuestos procesales. Medidas cautelares en prevención

El tratamiento de los presupuestos procesales en sede de cautelas se ha de resolver conforme las reglas desarrolladas en el artículo 382 del Anteproyecto, se según el cual: *“1. El tribunal examinará de 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.*

2. Sin embargo, 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”.

En consecuencia, el tribunal ante el que se solicite la medida cautelar deberá examinar de oficio su propia competencia tanto objetiva, como territorial como funcional, así como examinar su propia jurisdicción sobre la medida cautelar solicitada. Podemos distinguir:

a.- Petición junto con la demanda: el tribunal examinará su competencia y jurisdicción del proceso principal, por lo que la admisión de la demanda implicará el reconocimiento de competencia para conocer de la medida cautelar.

b.- Petición después de la demanda: no ofrece ninguna duda que deberá ser estimada la competencia para las medidas cautelares si se está conociendo del proceso en el que solicita dicha medida. Por el contrario, si la medida está pedida en otro procedimiento diferente, el tribunal ante el que se presenta deberá de rechazar ad línime la medida cautelar pretendida e inadmitir su tramitación.

c.- Petición antes de la demanda: exige que el tribunal examine su competencia y jurisdicción para conocer de la medida cautelar de forma autónoma al no tener relación todavía con ningún proceso, dictando la resolución oportuna en función de las normas generales del Anteproyecto.

No queda expresamente resuelta una cuestión que suscita el tratamiento de oficio de los presupuestos procesales, como es la del momento hasta el cual el Juez podrá apreciar su falta de jurisdicción o competencia. No plantea problemas el supuesto que pudiéramos considerar como más normal, que sea el Juez quien *a línime* aprecie la falta de jurisdicción o competencia; no obstante, ello no significa que ésa tenga que ser la única de las hipótesis. Queda sin una solución expresa el caso de que esa apreciación sobre la incompetencia la realice el Juez al momento de resolver sobre la adopción de medidas.

Las soluciones que pueden ofrecerse a esa cuestión son dos: primera, establecer un momento en el que precluya la posibilidad de apreciar de oficio la incompetencia; segunda, permitir incondicionalmente que se declare incompetente en cualquier momento, pero imponer la conservación de toda la actividad procesal desarrollada, o lo que es lo mismo, establecer la necesidad de remitir todo lo actuado al Juez que se estime competente, cuando ello sea posible. Una y otra cuentan con ventajas e inconvenientes, pero es la segunda la que parece corresponderse mejor con el sistema de tratamiento de oficio de la jurisdicción y la competencia objetiva o funcional o incluso territorial en los casos de fueros territorial imperativos, mientras que a la territorial en los supuestos de fueros dispositivos ha de ser aplicada la primera de las citadas, de forma que el juez una vez admitida a trámite la demanda no podrá declarar posteriormente su falta de competencia territorial.

En todo caso, el artículo 382.2 no niega toda validez a las medidas cautelares adoptadas por tribunal incompetente, de tal manera que si inicialmente se considerase el tribunal competente y posteriormente, bien por alegación de parte o bien de oficio apreciase la inexistencia de tal competencia o jurisdicción, la medida cautelar adoptada será válida, pero deberán de remitirse las actuaciones al tribunal que sí tenga la citada competencia para que continúe conociendo del procedimiento cautelar y sus incidencias. Únicamente será posible declarar la nulidad de las medidas cautelares adoptadas por juez incompetente, en el caso de que las mismas no cumplan con el resto de las exigencias legales, labor ésta que lógicamente deberá de ser desarrollada por el propio tribunal que haya recibido las actuaciones posteriormente y ante el que se deberían de haber planteado las medidas cautelares.

IV.- 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 LEC, aunque hay algunas especialidades.

1.- Especialidades en la postulación.

Por regla general la actividad de las partes en materia de tutela cautelar requiere representación mediante profesional del Derecho conforme al artículo 79 ACPC. Esta regla tiene dos excepciones:

1.º) En primer término, la intervención de profesional del derecho no es necesaria en actuaciones cautelares incidentales de un proceso principal en el que tal intervención no sea necesaria (artículo 79.4).

2.º) También está exenta de la preceptiva intervención la solicitud de medidas urgentes con anterioridad al juicio (artículo 80). Esta exención no alcanza a los actos de parte distintos de la solicitud inicial. Requiere, además, que concurren

razones de especial urgencia, que no se confunden con los hechos y circunstancias que fundamenten el presupuesto de peligro por la mora procesal.

2.- Legitimación y normas especiales sobre la misma en la tutela cautelar

a.- Legitimación activa

La legitimación activa para obtener tutela cautelar corresponde a quien está legitimado para la tutela judicial pretendida en el proceso principal, según las diversas modalidades de legitimación previstas en el ordenamiento. Para la obtención de la tutela cautelar la legitimación, cualquiera sea su modalidad, tendrá que ser acreditada, porque es uno de los componentes –el componente subjetivo– del fundamento de la pretensión. Obviamente, la desestimación de la medida cautelar por falta de acreditamiento de la legitimación activa no prejuzga el pronunciamiento sobre la pretensión en el proceso principal.

b.- Legitimación pasiva.

La legitimación pasiva corresponde a las personas que deben ser afectadas por la resolución que acuerde las medidas cautelares. Para la concreción de esa afectación se atenderá a los mismos criterios que para precisar la legitimación pasiva en el proceso principal. El carácter instrumental de la tutela cautelar también hace coincidir las posiciones legitimantes pasivas, porque una medida cautelar solicitada respecto a una persona frente a la cual la pretensión principal no podrá ser estimada, no puede ser concedida por falta de fundamento de la pretensión –de apariencia de buen derecho– en relación con esa persona.

c.- Intervención de terceros en las actuaciones procesales cautelares.

La intervención de terceros en las actuaciones cautelares tiene múltiples facetas de las que el Anteproyecto no se ocupa específicamente, por lo que las conclusiones que pueden extraerse no se derivan de la concreta regulación de las medidas cautelares en el Libro III, sino que habrá que acudir a las normas generales del Anteproyecto 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 procesales cautelares en general

El artículo 350.1 ACPC dispone expresamente que las medidas cautelares se pueden solicitar por el demandante o demandado reconviniendo, lo que induce a dudar, inicialmente, sobre la admisión de una solicitud de medidas formulada por un tercero admitido a intervenir en el proceso. La respuesta a esta

duda, en la actual redacción del Anteproyecto (versión de septiembre de 2006) debe ser necesariamente negativa, dada la supresión de la frase “...o las que el propio interviniente formule, si tuviera ocasión procesal para ello...” que contenía el texto inicial del anteproyecto de Código Procesal Civil. Por tanto, teniendo en cuenta la redacción del artículo 77.3 ACPC la facultad de intervención del tercero en el proceso ya iniciado se limita a apoyar la posición procesal de las partes iniciales, bien como demandante o bien como demandado, señalando literalmente el citado apartado 3 que “Admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por la parte en cuya posición ingrese, aunque la parte en cuya posición haya ingresado renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa”. Por tanto, la función del tercero que interviene en el proceso queda limitada a sostener la posición en la que haya ingresado, de tal manera que la autonomía frente al actor o demandado inicial solo es posible en el caso de que por éstos se pueda llevar a cabo algún acto de disposición sobre el objeto del proceso que no sea aceptado por el tercero interviniente. Por tanto carece de facultad de solicitar medidas cautelares propias y autónomas de las del actor principal una vez que sea admitido como parte procesal.

En el mismo sentido no es posible admitir la intervención de terceros en relación con las medidas cautelares adoptadas ya en el proceso principal, y ello aun cuando de forma indirecta puedan verse afectados por los efectos derivados de la medida cautelar acordada. Es cierto que la medida cautelar va dirigida contra el demandado, y sobre bienes o derechos de su titularidad (artículo 350.2), sin que pueda extenderse a bienes de terceros que no sean parte del proceso, como inicialmente es el interviniente. No obstante, 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. Se trata no obstante de efectos indirectos que puedan determinar la intervención del tercero en el proceso principal, pero no está autorizado para su participación en sede de medidas cautelares.

B) La tercería de dominio en caso de medida cautelar de embargo preventivo

No existe norma alguna en el Anteproyecto que permita el ejercicio de la tercería de dominio desde el momento en que el bien ha sido afectado en cumplimiento de una resolución de embargo preventivo, lo cual es lógico dada la configuración de la medida cautelar citada y el carácter de mera garantía de una futura ejecución de la misma. La afección del bien mediante un embargo preventivo no supone su inmediato destino a la realización forzosa, pero sí que puede originar, para el verdadero titular del bien frente al cual no haya sido

decretado el embargo, perjuicios actuales y riesgos futuros. Sin embargo, la facultad del mismo de plantear la correspondiente tercería de dominio que le concede el artículo 826.1 ACPC, solo puede ser ejercitada en fase de ejecución y como mecanismo para alzar el embargo y lograr que no se realice forzosamente. Por ello dado que la medida de embargo preventivo no comporta ningún tipo de ejecución, para la cual habrá que acudir a la apertura de la vía de apremio, bien como ejecución provisional o bien como ejecución definitiva, no es posible plantear ningún tipo de tercería de dominio en sede de medidas cautelares.

V.- MEDIDAS CAUTELARES ANTES DE LA DEMANDA.

1.- 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 ACPC, 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 ACPC.

Como excepción al principio general anteriormente expuesto, ha de mantenerse que 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.

2.- 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 ACPC. Es decir, la apariencia de buen derecho, peligro en la mora procesal y prestación de caución, cuando no haya sido expresamente excluida.

La singularidad de las medidas previas determina que, en otros ordenamientos jurídicos como el español, además de los requisitos señalados se exija otro básico y esencial que debe ser alegado y justificado como son las razones de urgencia para su adopción. Tal previsión no está prevista en el Anteproyecto, de tal forma que el artículo 352, se limita a autorizar la presentación de la petición antes de la interposición de la demanda, sin condicionarla a ningún otro requisito nada más que su caducidad si en el plazo de diez días no se plantea la correspondiente demanda. Ello implica que en el derecho hondureño, la solicitud de medidas cautelares anteriores a la demanda es una facultad del actor no condicionada en modo alguno por ningún otro factor externo más allá de su propia voluntad y que por ello en nada difiere con respecto al resto de las medidas que se soliciten junto con la demanda o durante la tramitación de la misma en cuanto a los requisitos necesarios para su estimación.

3.- Procedimiento.

No se contempla norma alguna para la sustanciación y desarrollo del procedimiento que ha de seguirse para la adopción de las cautelas previas. Por ello las solicitudes que se deduzcan deberán ser sustanciadas conforme las reglas generales establecidas para las medidas que se pretendan con la demanda principal, conforme lo dispuesto en los artículos 380 y siguientes ACPC, con examen previo por el tribunal de los presupuestos procesales de competencia y jurisdicción.

Así, en la petición habrán de alegarse la concurrencia de los requisitos de la apariencia del buen derecho y el *periculum in mora* y ofrecerse caución. A este efecto se acompañarán los medios justificativos, tanto documentales como cualesquiera otros, que conduzcan a fundar su pretensión.

La duda principal deriva de si es posible en este tipo de medidas cautelares la audiencia de la contraparte. Nada se establece en el Anteproyecto en forma específica, por lo que habrá que aplicar las reglas generales al respecto previstas en el artículo 383 ACPC, siendo una muestra ésta de la uniformidad procedimental derivada de la redacción del procedimiento cautelar. Por tanto podrán ser adoptadas con o sin audiencia de la contraparte, de tal manera que en este último caso deberá igualmente acreditar las razones de urgencia o perjuicio de la medida que pueda acarrear la audiencia legalmente prevista como regla general, exactamente igual que para el resto de las medidas cautelares que se soliciten cualquiera que sea el estado de proceso principal. Igualmente resultará posible la prestación de caución sustitutoria.

4.- Vigencia y alzamiento de estas medidas.

a.- Vigencia

Las medidas acordadas quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo Tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los diez días siguientes a ser cumplidas (artículo 352 ACPC).

La ratificación de las medidas se produce "*ex lege*" con la presentación de la demanda, sin necesidad de especial declaración. Por tanto, no se precisa ni que se inste su ratificación en la demanda, mediante otrosí, ni se requiere que con la admisión de demanda se revaliden.

La carga de instar la demanda corresponde al solicitante pues su vigencia queda sujeta a la carga de que en el plazo de 10 días se interponga la demanda. Esta regulación responde a una forma instrumental de contemplar las medidas previas ligadas al proceso principal de modo accesorio. La medida adoptada queda "*ex lege*" sin efecto yalzada, "*...caducarán de pleno derecho...*" señala el artículo 352, que anuda igualmente otra serie de consecuencias a esta

caducidad, pues impone al solicitante de la medida una condena pecuniaria al pago de los gastos del proceso y los daños y perjuicios que hayan sido causados a la parte demandada afectada por la medida cautelar.

Esta última previsión es lógico si se tiene en cuenta el momento procesal en el que se inicia el cómputo del plazo de diez días para interponer la demanda, esto es, una vez adoptada la medida acordada, por lo que ya es posible haber generado unos daños y perjuicios al demandado de los que debe responder, fundamentalmente con la caución prestada, el solicitante que se muestra pasivo a la hora de formular la correspondiente demanda.

El cómputo del plazo de 10 días se inicia el día de su cumplimiento, como señala el artículo 352 ACPC y finalizará 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 –artículo 124.3 ACPC- y si concluyera en domingo u otro día inhábil se entenderá prorrogado hasta el siguiente hábil – artículo 124.5 ACPC-.

El plazo de veinte días no puede prorrogarse, ampliarse, suspenderse o interrumpirse, conforme se deriva del artículo 126 ACPC.

b.- Alzamiento.

Finalizado el plazo preclusivo de diez días sin que se hubiere interpuesto la demanda el tribunal ordenará, de oficio, que se alcen o revoquen las cautelas acordadas que quedarán sin efecto, así como los actos de cumplimiento de las medidas que hubieran sido realizados.

El tribunal, aunque nada dispone el texto procesal, adoptará esta decisión en auto motivado por mor del principio de impulso de oficio de las actuaciones judiciales, sin necesidad de expresa petición de la parte demandada. Aun cuando no es necesario que lo inste el deudor no vemos inconveniente para que éste lo pueda solicitar. En cualquier caso, se producirá una pérdida automática de los efectos de las cautelas adoptadas, en atención a su vigencia temporal.

La consecuencia inmediata del alzamiento de oficio de las medidas es la de la condena al instante a los daños y perjuicios y las costas correspondientes a las actuaciones que se precisen para el levantamiento de las medidas. La caución prestada quedará afecta a dicha indemnización, tal como señala el artículo 386.1 ACPC, que igualmente comprende las costas causadas para su adopción que, en su caso, se hubieran impuesto a la deudora. Téngase presente que las costas señaladas se refieren a aquéllas precisas para el alzamiento de las cautelas, mientras que los gastos precedentes para su adopción podrán quedar, en su caso, integrados en la indemnización de daños y perjuicios que el solicitante deba sufragar.

VI.- MEDIDAS CAUTELARES CON LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA.

1.- Solicitud de medidas cautelares

Las medidas cautelares se solicitarán de ordinario con la demanda principal justificando 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 ACPC, lo que excluye la posibilidad de solicitud de forma oral. Asimismo, debe tenerse presente, que el artículo 350.1 ACPC posibilita al demandado reconvenido la solicitud de medidas cautelares, lo que implica que también puede instarse su adopción con la reconvenición. Caso contrario, se produciría una ruptura del principio constitucional de igualdad que informa el proceso civil. Por el contrario, la posición procesal del demandado reconviniente impide que pueda instar medidas cautelares previas a la reconvenición.

2.- Admisión de la petición cautelar.

Presentada la solicitud de cautelas se procederá a su admisión por providencia, prosiguiéndose su tramitación en pieza separada, tal como señala el artículo 383.1 ACPC, que se formará con la resolución inicial de admisión de la solicitud, siempre que el proceso de declaración del que la medida cautelar es accesoria e instrumental se hubiera iniciado. Aunque la LEC no dispone que haya de formarse pieza separada ello no es sino una regla lógica para los casos en que se presenten con la demanda o con posterioridad a la misma. La formación de esta pieza separada se justifica en todo caso en argumentos de racionalidad y la posibilidad de interposición de recursos independientes, señalamiento y desarrollo de vistas distintas que las del proceso de declaración cuando la cautela se otorga con audiencia o la oposición posterior si se acuerda sin previa audiencia así como 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 de declaración.

Es preciso plantearse cuál ha de ser la resolución a dictar cuando se insten solicitudes que no reúnan los requisitos mencionados precedentemente. 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 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 que 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 para la inadmisión de la solicitud, pues dicha falta afecta necesariamente al fondo del asunto debatido, es decir la concurrencia de los requisitos necesarios para estimar la medida, y por ello el único defecto 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 demanda.
- e. Falta de ofrecimiento de caución: este si es una exigencia que necesariamente debe de incorporarse a la petición, pero que 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 no admisión de la solicitud.
- 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.

VII.- MEDIDAS CAUTELARES POSTERIORES A LA DEMANDA Y EN FASE DE RECURSOS

Interpuesta la demanda e iniciado el proceso, se podrá solicitar la adopción de medidas cautelares sin que se exija ningún otro tipo de requisito o justificación especial de la causa por la que cual no se ha solicitado la medida

cautelar con la demanda o con anterioridad a la misma, tal como ocurre en otros ordenamientos jurídicos como el español. La solución alcanzada en el Anteproyecto es mucho más justa que la exigencia de nuevos hechos para poder adoptar medidas no solicitadas inicialmente. La falta de petición de cautelas con la demanda o reconvenición puede haber sido debida a otros motivos distintos de la mera conveniencia. Así, por la razonable convicción de entender que no son necesarias, o ante la disuasión que supone la prestación de caución de la que, en aquel momento, no se dispone y pueda incrementar los gastos del proceso, por la solvencia inicial del demandado. Por otro lado también es posible que a través de esta vía se pretenda utilizar las medidas cautelares como medida de presión. El juez estará obligado a ponderar en estos casos la finalidad pretendida por el solicitante al objeto de examinar la concurrencia de las exigencias y presupuestos legales para la estimación de la medida cautelar tardíamente solicitada. En todo caso es preciso tener claro que esta petición sigue el mismo régimen de fondo y procesal que las medidas cautelares solicitadas antes o junto con la demanda, sin especialidad alguna.

Cuando la medida cautelar se solicite en la fase de recurso de apelación o casación, será órgano competente el tribunal que se encuentre conociendo del recurso como señala el artículo 381.1 ACPC. En dichos supuestos de petición de cautelas en fase de recursos ha de tenerse presente que si la sentencia ha sido estimatoria será más beneficioso para el acreedor pedir la ejecución provisional, para cuyo despacho no se precisa prestar fianza. Por ello, en fase de recursos, sólo tiene sentido la petición de cautelas cuando no se hubieran adoptado medidas y la sentencia hubiera sido absolutoria, situación en la que se habrá producido una evidente "degradación" de la apariencia de buen derecho del actor como consecuencia de la sentencia de instancia. 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.

VIII.- TRAMITACIÓN SIN AUDIENCIA PREVIA

Como regla general las medidas cautelares se adoptarán previa audiencia del demandado –artículo 383.1 ACPC-. A este fin el procedimiento se sustancia con la celebración de una vista en la que las partes formularán las pertinentes alegaciones y prueba que se contempla en el artículo 384 como se examinará posteriormente.

1.- Presupuestos y trámite procesal.

Como excepción a la regla general señalada, el artículo 383.2 ACPC el solicitante podrá instar que la adopción de las cautelas se realice sin previa audiencia del demandado cuando se justifiquen: (a) motivos de urgencia o (b) que la audiencia puede comprometer el buen fin de la medida cautelar. Acreditados alguno de estos extremos, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto en el plazo de tres días desde la admisión de la solicitud, motivando

separadamente sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

Dos son los supuestos contemplados en la norma que habilitan la adopción de cautelas, sin audiencia previa:

a) La urgencia. Ésta vendrá motivada por la necesidad imperiosa de proteger determinados derechos, en aquellos supuestos en los que de no procederse a su inmediato amparo (p. ej. violación del derecho de imagen en que existe un temor racional de su publicación inminente) se podría producir una insatisfacción definitiva, aunque luego se otorgara la tutela en la sentencia estimatoria. 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... en la que sólo una rápida actuación puede abortar una situación irreparable.

b) Junto a la urgencia, también cabe motivar la adopción de la cautela *inaudita pars*, cuando la tramitación ordinaria del proceso cautelar (con audiencia) pueda comprometer el buen fin de la medida lo que hace referencia, no a la tutela del derecho en sí, sino a la necesaria protección del acreedor frente a maniobras que permitan inferir que va a desarrollarse una conducta destinada a procurar la ineffectividad de la sentencia y de la propia medida cautelar que se adopte tras la audiencia. Nótese que no se trata de justificar el *periculum in mora* sino inferir que la tramitación ordinaria de las cautelas con audiencia del deudor puede comprometer su eficacia.

En general, la adopción de cautelas *inaudita parte* tiene importancia cuando exista un riesgo de desaparición o malbaratamiento de bienes del deudor con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones. Además, ha de tenerse presente que las nuevas tecnologías propician el dinamismo y el riesgo comercial apareciendo supuestos en los que puede ser preciso adoptar cautelas sin previa audiencia. Así p. ej. cuando se vaya a proceder a una venta masiva de productos a través de internet.

Para las cautelas adoptadas *inaudita pars* no se encuentra previsto expresamente en el Anteproyecto una actividad probatoria previa, lo cual puede ser criticable para determinados casos en que no exista una prueba por escrito de la apariencia del derecho, pues una cosa es que la urgencia u otras razones de índole subjetiva (del deudor) justifiquen su adopción sin audiencia previa, y otra distinta es que no deba demostrarse la concurrencia de los presupuestos de la petición deducida, mediante una actividad probatoria mínima. Téngase presente que solo existiendo una acreditación documental inicial de la apariencia de buen derecho, el tribunal podrá motivadamente decretar las medidas, de tal manera que las exigencias del artículo 380.1 ACPC son igualmente exigibles en la solicitud de las medidas cautelares sin audiencia de parte, cuya única diferencia radica en el hecho de que además de la justificación de los presupuestos procedentes, la aportación de documentos y pruebas y el ofrecimiento de caución,

el solicitante deberá igualmente justificar las razones de urgencia o peligro de la efectividad de la medida que permita adoptar la medida cautelar sin audiencia de la parte afectada por la misma.

El problema radica fundamentalmente en el caso de que no exista acreditamiento documental o principio de prueba por escrito, en cuyo caso, ante la falta de una audiencia en la que se puedan practicar otras pruebas, resultará difícil que se convenza al Juez, aunque sea en forma "aparente", del buen derecho. En estos casos, resulta evidente que si no puede la parte solicitante 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, sino que no deberá tener en cuenta la petición formulada y deberá de dar a la solicitud el trámite ordinario con audiencia de la parte.

2.- Resolución.

En este apartado es preciso llevar a cabo dos matizaciones concretas sobre el contenido de la resolución a dictar y que derivan del texto del artículo 383.2 ACPC. En tal sentido señala dicho artículo que *"2. Sin embargo, 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 dicho texto es preciso hacer dos matices:

1º.- En primer lugar hay que señalar el hecho de que el tribunal no queda vinculado por la petición, de tal manera que puede libremente decidir si concurren o no las razones de urgencia que justificarían la adopción sin audiencia en contra del principio general. El artículo 383.2 ACPC tiene una redacción que mueve a confusión, al utilizar el imperativo *"el tribunal la adoptará dentro del plazo de tres días desde la admisión de la solicitud..."*. Sin embargo resulta evidente que el imperativo viene 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. El juez deberá examinar de inicio y antes de la admisión de la solicitud si concurren las razones de urgencia o de perjuicio de la medida que justifican la adopción sin audiencia de la parte demandada, dado el carácter excepcional de este régimen frente al general de la audiencia previsto en el Anteproyecto. Si no las aprecia resulta evidente que no puede adoptar la medida, pues para ello se le va a exigir un razonamiento especial sobre este motivo, así como tampoco puede directamente desestimar la pretensión cautelar pues ello podría generar indefensión al solicitante, pues pueden concurrir los presupuestos para la adopción de la medida, pero no la urgencia con la que se solicita. Por ello, en estos casos en los que se aprecie la ausencia de urgencia o de peligro de

efectividad de la medida, la resolución a dictar será la de admitir la solicitud y convocar a las partes a la audiencia que se señala en el artículo 384.

2º.- Si se acepta la urgencia pretendida por el solicitante, la adopción de las medidas cautelares inaudita pars precisará una expresa y especial motivación, tal como establece el artículo 383.2 ACPC, lo que obliga al tribunal a fundamentar el elemento de discrecionalidad de la resolución, no solo a los presupuestos de la medida, lo que es común a todas las resoluciones de medidas cautelares, sino especialmente a justificar los motivos que permiten considerar que debe de adoptarse sin previa audiencia de parte. La decisión sobre si ha de otorgarse o no audiencia no resulta susceptible de recurso, sin perjuicio de la oposición del demandado.

3.- Oposición del demandado.

A diferencia del régimen ordinario, en el que la posible oposición se lleva a cabo en el acto de la vista a la que deben de ser citadas ambas partes, en los casos en los que la medida se adopte sin audiencia de la parte afectada por la medida, el demandado podrá oponerse posteriormente a la adopción de la cautela conforme a lo previsto en los artículos 390 a 392 del Anteproyecto, incluso respecto a la decisión de adoptarse la cautela sin audiencia del demandado, si esta decisión carecía de base o justificación y se produce injustificadamente una indefensión relevante. Todo ello podrá ser valorado conjuntamente alegando con las causas de oposición la indebida ausencia de audiencia o falta de consistencia de los requisitos indispensables del artículo 380, puesto que en dichos supuestos las cautelas quedan desprovistas de los necesarios presupuestos para su adopción.

Adoptada la cautela inaudita parte, y con la finalidad de no quebrar la ineludible vigencia del principio de contradicción, el artículo 390.1 dispone que si la medida se hubiera adoptado sin previa audiencia del demandado éste podrá formular oposición. 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. Por medio de la oposición puede el demandado, a posteriori, hacer valer sus argumentos, lo que resulta plenamente constitucional conforme señala, para España el ATC 186/1983, de 27 de abril y el ATC 69/1985, de 30 de enero (perfectamente extendibles los argumentos a la realidad constitucional y procesal hondureña), que declaró: "... en el equilibrio o composición de los derechos fundamentales en presencia puede llevarse a cabo por el legislador, y por el Juez o Tribunal en aplicación de la Ley, sin afectar al contenido esencial del derecho de defensa... replantear la procedencia de la (medida)...salvaguardándose a posteriori el principio de contradicción y las posibilidades de defensa...".

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 – artículo 391.1 ACPC- que se puede introducir "ex novo" para garantizar la futura efectividad de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse.

a.- Solicitud.

El plazo para la oposición es el de tres días desde la notificación del auto que acuerde las medidas cautelares, tal como establece el artículo 390.1 ACPC, y la misma se tramitará en la pieza separada donde se hayan acordado las cautelas.

Ninguna especialidad se ha reglado respecto de las medidas *ante demandam* que se han otorgado sin audiencia y que mediante la interposición de la demanda dentro del plazo de diez días quedan ratificadas sin necesidad de declaración expresa. Para éstos casos ha de seguirse la regla de oposición dentro de los tres días desde la notificación de la adopción de la medida, puesto que al no precisarse la posterior ratificación de la cautela tampoco puede iniciarse el cómputo de la oposición mientras el auto no sea notificado al demandado. Por tanto, el demandado no debe esperar a la presentación de la demanda y deberá formular su oposición si tiene conocimiento de la medida cautelar antes de que haya transcurrido el plazo de diez días para presentar la demanda, de tal manera que si no se presenta la demanda, al cancelarse de oficio las medidas cautelares, quedaría sin contenido la oposición y ésta debería archivarse sin más trámite por el tribunal.

Para el supuesto de que sean varios los demandados frente a los que se acuerda la cautela, el cómputo para la oposición que pueda formular cada uno de ellos, a falta de expresa disposición legal, se iniciará con la notificación de la adopción de la cautela sin esperar a la práctica de la última notificación, sin perjuicio de su acumulación (de las varias oposiciones que puedan presentarse) en la correspondiente pieza separada.

En cuanto a la forma de la oposición, la misma debe de ser necesariamente por escrito, tal como se desprende de las referencias al "escrito de oposición" que se contienen en los artículos 390.2 y 391.1 del Anteproyecto. La oposición se realiza en la misma forma que la solicitud de la cautela. Concretamente, el demandado deberá justificar debidamente la improcedencia de la medida, proponiendo las pruebas de las que pretenda valerse para fundamental la oposición, tal como exige el artículo 390.2 ACPC. La oposición también puede comprender, no solo la ausencia de los presupuestos para la adopción de la medida cautelar, sino también la impugnación de la fianza tanto en lo relativo a su procedencia, tipo como 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. Igualmente el demandado que formula oposición deberá proponer las pruebas de que pretenda valerse al igual que ocurre en la petición de la medida cautelar por el actor.

En principio no puede afirmarse que exista ningún tipo de limitación con respecto a los motivos que se pueden alegar como de oposición a las medidas cautelares acordadas sin audiencia de parte, pues el artículo 390.2 se limita a señalar que vendrá referida a justificar la improcedencia de la medida. Por ello cualquier motivo es aceptable, siempre que guarde relación con el objeto de la medida cautelar que se discute, y bien se refiera a cuestión procesales (legitimación, falta de competencia) como sobre el fondo de los presupuestos de las medidas cautelares.

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

Las limitaciones temporales vienen establecidas por el propio entorno derivado del momento en que fueron adoptadas las cautelas. 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 desvirtúen las cautelas, al momento en que se adoptaron. Lo contrario 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 éstos casos la vía adecuada debería ser el incidente de modificación de medidas del artículo 394.1 ACPC.

La otra de las limitaciones que hemos denominado de naturaleza procesal viene determinada 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. Nos referimos a las eventuales infracciones que se produzcan para la ejecución de la medida que deben ser denunciadas por la vía de recursos.

La consecuencia fundamental de la oposición es que 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. En consecuencia le corresponde al actor la prueba de 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.

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, tal como establece el artículo 392.1 ACPC.

La sustanciación será la siguiente: admisión a trámite de la oposición y seguidamente "transcurridos cinco días" contados desde la notificación de aquélla al actor se procede mediante providencia al señalamiento de una vista (con admisión o denegación, en su caso, de las pruebas propuestas en el escrito de oposición) que se llevará cabo dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la notificación por las partes.

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

c.- Decisión.

Celebrada la vista, el tribunal decidirá por auto, inmediatamente o en el plazo de tres días (artículo 393.2 ACPC) sobre el alzamiento o mantenimiento de la cautela. Si acordare alzar la cautela, se condenará al actor en costas y la subsiguiente indemnización de daños y perjuicios conforme establece el artículo 393.2. Si decide mantener las medidas se condena en costas a quien haya formulado la oposición, siguiendo los criterios de vencimiento objetivo. El contenido de la condena en costas cuando se mantienen las cautelas comprenderá las devengadas en el trámite de oposición que serán de cargo del opositor. Las únicas excepciones a la condena en costas derivan, en primer lugar, de la estimación parcial de la oposición, acordando el alzamiento de una medida y el mantenimiento de otras medidas, no procederá la imposición de costas que solamente se encuentra prevista para los supuestos de estimación o desestimación total de la oposición y en segundo lugar en el caso de que acordase el levantamiento de la medida previa prestación de caución sustitutoria ofrecida por el demandado, en cuyo caso el artículo 392.2 expresamente señala que no procederá la imposición de costas del incidente.

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 previsto en el artículo 385.3 ACPC.

Por tanto, acordado el mantenimiento de la cautela se proseguirá la ejecución de la medida. Y si se hubiere acordado el alzamiento, la interposición de recurso suspenderá la ejecución de la cautela, que queda sin efecto con inclusión de todos los actos que se hubieran desarrollado para lograr su ejecución.

IX.- TRAMITACIÓN DE LAS CAUTELAS CON AUDIENCIA PREVIA

1.- Convocatoria de la audiencia.

Estamos ante el supuesto más general en sede de medidas cautelares, dada la regla de audiencia del demandado que señala el artículo 383.1 ACPC. Solicitada y admitida a trámite la petición de cautelas con audiencia 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, tal como se indica en el artículo 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. Para este señalamiento se introduce un régimen especial frente a la regla general que dispone la aplicación de un turno de antigüedad. Por el contrario, la audiencia para la adopción de medidas cautelares se llevará a cabo, por su urgencia, sin necesidad de seguir los turnos de antigüedad, dado su carácter preferente y deberá desarrollarse en los cinco días hábiles siguientes a la notificación. Esta norma encuentra su fundamento en la necesidad de una tramitación rápida cuando quede comprometida la efectividad de la tutela.

2.- 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 Anteproyecto para todas las actuaciones judiciales orales. 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.

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 la exposición, brevemente, 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 dicha petición de prueba rige con relación a la justificación de los presupuestos de la tutela cautelar, lo que implica que podrán ser admitidas otras pruebas pertinentes cuando se trate de contralegar los argumentos del demandado siempre que se dispusieran por el actor en aquel momento. En cambio, el demandado es en el momento de la vista cuando realiza la exposición de hechos y proposición de pruebas, si bien resulta aconsejable que pueda aportarlas 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.

3.- Resolución.

Señala el artículo 385 ACPC que *“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 requisitos necesarios para su adopción lo que, 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 que no se exigiera la fianza, 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 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 ACPC, de tal modo que siendo igualmente eficaz ha de decretarse aquella cautela que resultara 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, son inaplicables para el aseguramiento de las obligaciones pecuniarias medidas como la orden judicial de cesar en una actividad o de abstenerse de realización de una conducta, puesto que no es proporcionada, y 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 Anteproyecto el Juez dispone de una mayor discrecionalidad en atención a que en el futuro sistema de cautelas las medidas resultan abiertas y no responden a una serie de medidas concretas y determinadas que debían adoptarse en situaciones también concretas y ante situaciones de peligro en muchos casos también predeterminados. En el Anteproyecto se han regulado las cautelas con carácter general y abierto, respecto a sus requisitos –artículo 351 ACPC- y clases –artículos 355 a 357-.

X.- RECURSOS

Contra las resoluciones dictadas durante la tramitación cautelar (providencias de admisión, señalamiento de vistas, admisión o denegación de pruebas) con la finalidad de evitar dilaciones en la sustanciación del procedimiento de adopción de cautelas, no cabe deducir recurso alguno. Ello sin perjuicio de interponer protesta, como establece el artículo 384.3 al señalar 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*”, que podrá reproducirse en el recurso que cabe contra la resolución de la admisión o denegación de las cautelas.

1.- Auto estimatorio de las cautelas

Contra la decisión estimatoria de la petición cautelar podrá interponerse recurso de apelación, sin efectos suspensivos –artículo 385.3 ACPC-. Es decir, proseguirá la ejecución de la medida sin paralizar su cumplimiento efectivo conforme las reglas del 389 del Anteproyecto.

El recurso de apelación se tramitará según las reglas generales establecidas en del Anteproyecto de Código Procesal Civil y tendrá tramitación preferente. 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 710 ACPC y tras el traslado a la contraparte, artículo 710 ACPC, se elevará testimonio de la pieza separada para su resolución por tribunal de apelación. El proceso de declaración continúa sin interrupción alguna, pues la tramitación cautelar se desarrolla en la pieza separada.

La singularidad del recurso de apelación contra la resolución estimatoria de las cautelas reside en la carencia de efectos suspensivos de la apelación deducida, con la posibilidad subsiguiente de continuar la ejecución tan pronto se preste fianza. Para ello, habrá de formarse testimonio de particulares de

la pieza separada que deberá remitirse al Tribunal de apelación, reteniendo el órgano "a quo" la pieza separada donde se haya tramitado el proceso cautelar, cuando sea precisa para la ejecución de la medida, enviándose al Tribunal de apelación el citado testimonio de particulares formado.

El recurso de apelación contra la decisión judicial estimatoria de las cautelas podrá ser fundamentado en la falta de concurrencia, en su caso, de los presupuestos relativos al *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y *fianza*, pudiéndose hacerse constar igualmente 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 cuando se hubiera realizado la oportuna protesta conforme lo dispuesto en el artículo 384.3

Tramitada la apelación, contra la decisión del Tribunal de apelación no puede interponerse recurso de casación, por no estar comprendido este auto en ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 718 ACPC.

2.- Auto desestimatorio de las cautelas

Cuando la resolución dictada es denegatoria de la petición cautelar puede interponerse recurso de apelación, sin efecto suspensivo como señala con carácter general el artículo 385.3 ACPC, al que se le dará tramitación preferente, y las costas se impondrán conforme las reglas generales como señal el artículo 385.4 ACPC, criterio que también rige para su imposición al demandado cuando se estima la petición cautelar. Innecesaria resulta la previsión relativa a la imposición de costas puesto que la remisión a las reglas generales no precisaba ser reiterada para que se proceda a su cumplimiento. Por otra parte, la tramitación preferente del recurso de apelación es coherente con la norma establecida en el artículo 384.1, dado que la resolución cautelar, por su propia naturaleza, requiere una mayor prontitud en su decisión.

El recurso de apelación se tramitará conforme a las reglas generales. En la pieza separada que se ha formado para la tramitación cautelar se unirá el escrito de interposición de la apelación y tras el traslado a la contraparte se elevará la pieza separada para su resolución por el órgano *ad quem*, puesto que el recurso, al ser denegatoria la petición de cautelas, tiene la misma eficacia que la apelación ordinaria, con lo cual no se precisa "retener" la pieza separada como sucede en los supuestos de resolución estimatoria que hemos expuesto precedentemente.

Contra las decisiones resolutorias del recurso de apelación no cabe la interposición del recurso de casación.

XI.- 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 ACPC que establece que *“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 (artículo 760.1 ACPC) 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 761 ACPC. La resolución que 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.

En cualquier caso, como señala la mejor doctrina, puede hablarse de dos tipos de cumplimiento de la ejecución forzosa cautelar. Para las cautelas homogéneas (embargo preventivo, anotaciones preventivas...) los actos que comprenden la ejecución se detienen en una fase intermedia, o lo que se denomina cumplimiento por *fracción* de la ejecución ordinaria, para evitar modificaciones irremediables. En cambio, para las anticipativas (órdenes de cesación, prohibiciones, secuestros...) 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.

1.- 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 por lo que resulta lógica la exigencia de la fianza que, prestada por el acreedor, comporta que el Tribunal, de oficio, pueda iniciar 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 la Ley establece que:

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

(b) en la resolución que se dicte cuando se acuerdan las medidas se establecerá la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse la caución por el solicitante y

(c) La prestación de la caución, según precisa el artículo 386.1 ACPC, será siempre necesaria y previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar conforme las reglas del artículo 389 ACPC.

Nótese que la contracautela o 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.

2.- Exenciones a la prestación de caución.

Se trata de un requisito que se puede modular pero no suprimir, de tal manera que únicamente quedará eximido de prestar la caución en los casos previstos en el artículo 388 ACPC, que establece un listado cerrado de supuestos que debe ser interpretado de forma restrictiva de tal manera que solo cuando se esté en alguno de los casos señalados no procederá ni el ofrecimiento, ni la fijación en el auto, ni la prestación previa a la ejecución de la caución, sin perjuicio de que en alguna ley especial pueda establecerse algún tipo de exención diferente de las previstas. Por tanto 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 a este artículo 388.2 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:

- 1) 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
- 2) 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.
- 3) El elemento decisor radica en el desequilibrio económico entre demandante y demandado, debiéndose de tratar 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.
- 4) 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 (por 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.

- 5) 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 buscase 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.
- 6) En igual término, la ley viene a establecer una presunción de desequilibrio en el caso de medidas cautelares que afecten a intereses generales de consumidores o de protección del medio ambiente. La finalidad última de esta presunción radica en el hecho de que es necesario facilitar el acceso a la justicia en este tipo de procesos, normalmente frente a empresas de gran capacidad económica y por ello con facilidad para litigar, al particular, por la incidencia sobre los intereses generales de la sociedad que pueda tener una sentencia estimatoria favorable.
- 7) Dentro de la resolución judicial que se dicte, el artículo 388.2 ACPC exige al juez una especial motivación en la aplicación de esta facultad, de tal manera que en la misma se justifique adecuadamente la ponderación de intereses en juego y se expliciten los motivos por los que el juez ha decidido aplicar la exención, así como los datos que demuestren el desequilibrio económico. Con ello se pretende evitar la arbitrariedad judicial y poder someter a control por vía de recurso de esta facultad.

c.- El Estado.

Junto con los particulares, el artículo 388.3 ACPC expresamente establece que en ningún caso se exigirá caución al Estado cuando éste solicite medidas cautelares. Es una consecuencia más del estatuto procesal privilegiado del Estado en su actuación en defensa de los intereses comunes. Además de ello el riesgo de insolvencia o de falta de medios económicos para el pago de las costas y de la reparación de daños y perjuicios es mucho más limitado al tratarse del Estado, que siempre podrá responder de las consecuencias perjudiciales que

las medidas cautelares puedan haber supuesto para los particulares afectados por las mismas.

d.- Litigante que hubiera obtenido una sentencia favorable.

Finalmente el artículo 388.4 viene a establecer que *“estará exento de la prestación de caución para lograr la adopción de medida cautelar el litigante que hubiera obtenido una sentencia favorable, aunque ésta fuera impugnada”*.

Esta exención en principio es lógica pues la apariencia de buen derecho que constituye uno de los presupuestos de las medidas cautelares sale reforzada al haber obtenido un pronunciamiento favorable de un órgano judicial logrado tras la práctica de todas las pruebas dentro de un proceso contradictorio. Sin embargo hay que tener en cuenta una serie de matices:

1. Si la medida cautelar fue adoptada antes de la sentencia favorable, no es posible aplicar la exención del artículo 388.4 ACPC, aun cuando no se hubiese prestado la caución, ni por ello ejecutada la medida, antes de haber obtenido la sentencia favorable. En este caso el demandante, si quiere que se lleve a cabo la medida cautelar deberá de prestar el importe de la caución que judicialmente se haya fijado por ser una resolución judicial anterior a la obtención de una sentencia favorable y por ello no sometida al régimen de exención señalado.
2. Esta previsión legal contiene un contrasentido, al señalar *“...aunque ésta fuera 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.

3.- Forma de la caución.

La caución podrá otorgarse, según el artículo 387.1 ACPC en dinero en efectivo, cheque certificado, cheque de gerencia o de caja, garantía bancaria o de instituciones financieras. En definitiva se trata de medios que, a juicio del Tribunal, garanticen la inmediata disponibilidad de la cantidad. Téngase presente que la caución ha de ser suficiente para responder de manera rápida, lo que debe excluir cualquier problema para que se haga efectiva cuando, en su

caso, se justifique que la adopción de la medida no ha sido correcta y se hayan producido daños en el patrimonio del demandado. Por tanto cualquiera garantía de otro tipo, fundamentalmente las reales (constitución de hipotecas) no debe considerarse como suficiente a los efectos de prestación de caución y el juez deberá de utilizar la facultad que le concede el artículo 387.2 ACPC ante la necesidad expresa de aceptar el tipo de caución que se ofrezca por el solicitante de las medidas.

4.- Decisión sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la fianza

El artículo 387.2 ACPC 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”*.

Hay que tener en cuenta que esta norma va dirigida al juez y tiene su eficacia en el auto de concesión de la medida cautelar, momento en el que el juez, de acuerdo con el artículo 385.2, deberá fijar la forma, cuantía y tiempo en el que deba de prestarse la caución. Por tanto no es precisa una resolución judicial, después de prestada la fianza para aprobar la caución aportada por el actor, pues tal caución debe de ajustarse literalmente a los términos en los que fue acordada en el auto de concesión de la medida cautelar. En el mismo sentido el artículo 387.1 se refiere al momento en el que el actor debe ofrecer la caución, esto es, cuando solicite la medida cautelar (artículo 380.3).

Por tanto, el mecanismo procesal vendrá determinado en primer lugar por el ofrecimiento por el actor con la solicitud de una caución por el importe que considere oportuno y por cualquiera de los medios que se establecen en el artículo 387.1 y 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, sin que sea necesaria posteriormente resolución alguna aprobatoria, pues no queda al arbitrio de la parte solicitante estos elementos que deben quedar fijados en la resolución judicial de concesión de la medida cautelar.

XII.- MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Si tomamos como punto de partida que la función de las medidas cautelares es asegurar la efectividad práctica de la sentencia que se dicte, de ahí se desprenden dos consecuencias necesarias:

A) Una es la posibilidad de adoptarlas por primera vez, de modo inmediato y sin audiencia de la otra parte, ante la presencia de circunstancias que las justifiquen.

B) La otra es la de volver sobre la anterior resolución cuando se haya producido un cambio de circunstancias que afecten en algún modo a la necesidad de la función aseguradora.

Partiendo pues del principio enunciado, esto es, la modificación de la resolución por la que se adoptan o no las medidas cautelares solicitadas, lo que nos hemos de plantear es cuáles son los supuestos y los presupuestos para que opere el mismo, y estos son básicamente tres:

A) Si una de las características fundamentales de este tipo de medidas es su instrumentalidad respecto de la acción que se ejercita y por lo tanto del proceso en el que se hayan incardinadas, la consecuencia básica es que la modificación o alteración acaecida en éste, necesariamente implica por lo menos una posibilidad de cambio de aquellas. Un primer supuesto de cambio por lo tanto va a venir determinado por las alteraciones que se produzcan en dicho proceso.

Caso paradigmático son los supuestos de modificación de las medidas adoptadas como consecuencia del dictado de una sentencia absolutoria del demandado (artículos 395 y 396 ACPC).

B) En segundo lugar, resulta que la medida cautelar una vez adoptada, va a poder ser sustituida por medio de la prestación de una caución en los términos del artículo 391 ACPC.

C) Por último, es evidente que la resolución referente a las medidas cautelares, entendiéndola en un sentido amplio tanto en las que se conceden como las que son denegatorias, pueden 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 adoptar aquellas, tal como se deriva de los artículos 394.1 y 385.5 ACPC.

1.- Modificación de medidas como consecuencia de las alteraciones en el proceso principal

a.- Sentencia estimatoria-condenatoria 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 lleve a cabo el inicio de la ejecución por la presentación de la solicitud de ejecución a la que se refiere el artículo 758 ACPC. Siguen durante este periodo cumpliendo la función propia de las medidas cautelares, esto es garantizar la ejecución de la sentencia firme favorable al demandante, ahora con más razón pues ya existe un pronunciamiento firme de condena y de ahí que deban de mantenerse, mientras no sean sustituidas por las medidas de ejecución definitivas.

b.- Sentencia estimatoria no firme

La única peculiaridad va a venir motivada por la aplicación de la normativa en lo que se refiere a la ejecución provisional por cuanto si esa ejecución no se solicita, las medidas van a seguir siendo objeto de aplicación sin ningún tipo de modificación.

En el supuesto que se solicite la ejecución provisional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 773 ACPC, lo que se produce es el alzamiento de las medidas y su sustitución por los actos ejecutivos provisionales que se acuerden por el órgano judicial en función del contenido de la sentencia y del mandamiento de ejecución provisional. La razón de ser de este precepto responde a que la ejecución provisional es verdadera y propia ejecución y de este modo existe una total incompatibilidad entre las medidas cautelares y los actos de ejecución y por ello se alzan tales medidas en el sentido que se convierten en actos ejecutivos concretos y determinados. En este caso única y exclusivamente se pueden mantener como medidas cautelares propias aquellas que no tengan que ver con la ejecución provisional instada.

c.- Sentencias absolutoria firme

En tal supuesto la consecuencia es clara, independientemente que sea sobre el fondo o la instancia, se alzarán de oficio todas las medidas cautelares y se inician los trámites para la liquidación de los daños y perjuicios de conformidad con lo previsto en el artículo 396 ACPC que señala en su apartado 1 que *“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”*.

Por tanto se hace preciso distinguir la actuación del tribunal en dos sentidos diferentes. En primer lugar, y de oficio, deberá proceder a dejar sin efecto todas las medidas cautelares adoptadas, dictando a tal efecto las resoluciones necesarias para ello, devolviendo 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, previa prueba en este último caso de los citados perjuicios indemnizables, lo que constituirá un incidente ajeno a las medidas cautelares propiamente dichas, aunque se tramite en la misma pieza separada.

d.- Sentencia absolutoria no firme.

Esta situación se regula en el artículo 395.1 ACPC que señala que *“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, peticionar a 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 es el alzamiento de oficio de las medidas, salvo que el recurrente solicite su mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta. La solución tiene toda su lógica si se considera que con esa sentencia ha desaparecido uno de los requisitos básicos para la adopción de las medidas cautelares como es la apariencia de buen derecho.

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 la sentencia absolutoria y por ello 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 la resolución atendiendo a las circunstancias del caso, la cual puede tener tres tipos de pronunciamientos: mantener la medida en los términos acordados, modificar la medida tanto en su contenido como en la caución a prestar por el solicitante (normalmente incrementando la misma) o dejar sin efecto la medida cautelar.

e.- Sentencia parcialmente estimatoria.

Otra especialidad que se prevé en el Anteproyecto está prevista en el artículo 395.2 ACPC, al señalar que "*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 lógica dado que existe una condena sobre alguno de las pretensiones de la demanda, y a la vez una absolución sobre otras peticiones del actor, por lo que no es posible 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 absolución. Por ello, sin necesidad de acudir a lo señalado en los apartados anteriores de forma necesaria, el tribunal, de oficio, deberá de requerir a las partes para que se manifiesten sobre las medidas cautelares adoptadas y las posibles modificaciones derivadas de la sentencia que se ha dictado sobre las mismas, de tal manera que dicte posteriormente una resolución en la que se pronuncie sobre el mantenimiento, modificación o revocación de las medidas o sus condiciones. Un buen criterio interpretativo a la hora de llevar a cabo dicho mantenimiento será el de acudir a los parámetros señalados en los puntos anteriores, en función del contenido absolutorio o condenatorio en relación a la concreta tutela judicial pretendida por el actor.

f.- Caducidad de la medida cautelar.

Esta posibilidad es la que aparece recogida en el artículo 397 ACPC 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 medidas cautelares establecido en el Anteproyecto. 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 la misma está en relación con el mero transcurso del tiempo, 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 su conclusión o no. Al ser un plazo de caducidad, ello implica que de oficio debe de ser apreciado por el tribunal sin necesidad de expresa petición de parte, que lógicamente de existir tiene que ser realizada por el propio demandado como parte afectada 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 la cautela de que a instancia de parte, en este caso del actor, puede el juez reactualizar la medida. No se entiende muy bien qué se debe considerar como “reactualizar” la medida, pudiendo abarcar la resolución que se dicte tanto la confirmación de la misma en sus propios términos 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 previa de las partes personadas en las actuaciones con carácter previo a la resolución que se dicte reactualizando la medida cautelar. Lógicamente la solicitud del actor deberá ser realizada antes de que transcurra el plazo de tres años señalado en el artículo 397, pues si se solicita después al deber de oficio dejar sin efecto la medida cautelar, carecería de sentido, sin perjuicio de poder solicitar el actor la adopción de una nueva medida cautelar.

2.- Modificación por alegación de hechos nuevos.

La situación procesal que puede ofrecer una mayor variedad y con ello una mayor complejidad es la modificación de las medidas cautelares que se hayan adoptado en aquellos supuestos en los que se aleguen y prueben hechos y circunstancias que no se pudieron tener en cuenta en el momento de la decisión adoptada. La regulación aparece contemplada en los artículos 385.5 y 394 del Anteproyecto.

En el primero de ellos se establece que "*Si fuere denegada la petición de medidas cautelares, se podrá reproducir la solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición*".

Por otro lado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394, "*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*".

En cuanto a los requisitos objetivos, es precisa la posibilidad de la alegación y prueba de hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta en el momento de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas. En modo alguno debe limitarse a hechos o circunstancias nuevas, sino que el concepto es mucho más amplio referido a hechos o circunstancias que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de la adopción.

Parece lógico considerar que el elemento a valorar no es tanto la novedad del hecho o de la circunstancia, sino más bien la imposibilidad de que el mismo no hubiese podido ser alegado con anterioridad. Con ese punto se ha de considerar un criterio flexible y amplio y que por lo tanto se ha de incluir y postular dentro de este supuesto tanto los hechos nuevos como los acaecidos con anterioridad pero que han sido conocidos en un momento posterior.

Obviamente en tales casos, el problema es de carácter práctico, y va a ser la determinación acerca de cuándo se da la concurrencia de tales presupuestos. En relación a dicha cuestión se pueden establecer los siguientes criterios para la apreciación de cuándo nos encontramos ante el supuesto de hecho:

a) No es suficiente que se produzca un cambio en la valoración judicial sino que es necesario un cambio en las circunstancias condicionantes de aquella valoración.

b) Su repercusión debe predicarse del fallo precedente.

c) Las nuevas circunstancias deben tener la entidad suficiente para integrar el supuesto de la norma con su sola consideración y prescindiendo de la situación de hecho cubierta por la cosa juzgada.

d) Es dudoso si sobre los mismos hechos se puede intentar una modificación de las medidas sobre la base de nuevos medios probatorios que acrediten tales hechos. Tal posibilidad hay que considerarla absolutamente factible a la vista de la finalidad de los principios que se pretenden con las medidas cautelares.

e) Se encuentra fuera de toda duda que bajo ningún concepto se puede pretender la utilización de este artículo para proceder de manera directa o indirecta a la reiteración de los mismo argumentos y sobre los mismos hechos que se tuvieron en cuenta en su momento para la adopción de la misma.

Desde el punto de vista procesal se plantean dos cuestiones.

a) La primera es si cabe la posibilidad de adoptar la modificación al amparo de lo previsto en el artículo 394 "inaudita parte". Nos referimos fundamentalmente a aquellos casos en los que se desestimaron en su momento o que no fueron solicitadas.

A esta cuestión entiendo que se le ha de dar una respuesta negativa.

El artículo 394 ACPC y cuando se refiere a esta posibilidad efectúa una remisión expresa a los trámites del procedimiento de oposición, lo que exige la presencia de las dos partes en el proceso y excluyendo por lo tanto la posibilidad de la adopción de medida sin audiencia del demandado, sin que se pueda olvidar el carácter absolutamente excepcional de no dar la audiencia al demandado.

b) En ningún caso es factible la sustitución de la vía del artículo 394 ACPC por el recurso de apelación interpuesto contra el Auto.

No es posible que 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, que no se acuda al mecanismo previsto en el mismo y que se pretenda la modificación por la vía del recurso de apelación interpuesto contra el citado auto.

XIII.- CAUCIÓN SUSTITUTORIA

La caución sustitutoria o contracautela puede ser definida como la prestación por parte del demandado de una garantía económica con la finalidad de sustituir la cautela concedida de modo que quede asegurado el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse.

Lo primero a destacar es que independientemente de la denominación que se le dé no debemos olvidar que esta caución sustitutoria no pasa de ser una medida cautelar, pues lo que pretende es sustituir la adoptada por otra distinta que es menos gravosa para el demandado, pero que es de igual eficacia, por lo que en definitiva se cumplen las previsiones relativas a las características de las medidas cautelares.

En el Anteproyecto solo se regula la caución sustitutoria en el artículo 391, dentro de la regulación de la oposición a la medida cautelar, teniendo en cuenta además que dicha oposición solo viene referida a las medidas

cautelares adoptadas sin audiencia de parte. Señala dicho artículo: “**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”.*

De este precepto cabe destacar la referencia a que la caución ha de ser suficiente para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dicte, lo que nos pone en contacto con cuál ha de ser el contenido de dicha caución, o mejor dicho, la determinación de a qué tipo de ejercicio de acciones le es aplicable esta posibilidad. Como ya se ha dicho con anterioridad, la caución sustitutoria es una medida cautelar distinta de la inicialmente pedida, por lo tanto, lo que hemos de considerar es si la misma tan solo va a poder ser eficaz en aquellos supuestos en los que en el pleito principal se está reclamando una cantidad de dinero y por el contrario y en cuanto al resto de pronunciamientos nunca será de aplicación.

Por lo demás se puedan establecer las siguientes conclusiones:

— En todo caso siempre será esencial la postura del actor pues por razones obvias su conformidad a la caución que se solicite por el demandado, independientemente de la naturaleza que esta tenga, va a ser decisiva.

— Se ha de tratar que exista una patrimonialización del derecho vulnerado, pues en caso contrario no parece que la misma sea factible. O por lo menos que la sentencia tenga un contenido económico. Por ejemplo, sería factible la sustitución de la medida de administración judicial por la de prestación de una fianza por el importe que se prevé que le va a resultar al actor de los menoscabos por la recuperación del bien.

La principal duda deriva del hecho no aclarado en el Anteproyecto si será posible sustituir la medida cautelar que se adopte con audiencia de parte por una contracautela, en función del propio interés del demandado, posibilidad esta no expresamente prevista en el texto procesal. La respuesta a esta cuestión, debe ser necesariamente positiva, teniendo en cuenta la finalidad de las medidas cautelares y el propio procedimiento con audiencia de parte.

En efecto, en el acto de la audiencia el demandado podrá llevar a cabo las alegaciones que considere oportunas, no solo con respecto a la inadmisibilidad de las medidas cautelares sino también con relación a la caución o la existencia de otras alternativas menos gravosas para el propio demandado, cuestiones éstas sobre las que también podrá opinar el demandante en la propia audiencia que se celebre. Por tanto entre estas peticiones se puede incluir la sustitución de la medida cautelar por una caución justificando debidamente los perjuicios que la falta de sustitución le puede acarrear al propio demandado. Si a

ello se une que el artículo 357 ACPC impone al juez la obligación de adoptar las medidas menos gravosas para el demandado y que sean adecuadas para garantizar la pretensión del solicitante y que en último término esta contracautela, aun cuando no está descrita en 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, no cabe duda alguna que es posible la adopción por el juez de una contracautela como categoría autónoma de medida cautelar en los expedientes con audiencia de parte.

XIV.- INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

1.- Responsabilidad objetiva del solicitante

El artículo 393 ACPC 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 ACPC) 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.

2.- Supuestos.

El art. 393 ACPC 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 ACPC- o por dictarse sentencia absolutoria firme –artículo 396 ACPC-.

3.- Contenido.

El artículo 393 ACPC 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 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.

CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

INDICE

- V. Introducción.
- VI. 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.
- VII. Las medidas cautelares indeterminadas.
- VIII. Medidas cautelares previstas fuera del Libro III del Anteproyecto.
 - a. Procesos especiales por razón de la materia en el Anteproyecto.

- 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.

I.- 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 Anteproyecto 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 ACPC con las medidas indeterminadas o generales como son las previstas en el artículo 356 ACPC o las que se encuentran dispersas a lo largo de todo el Anteproyecto 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 Anteproyecto 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 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 643), en los procesos sobre filiación (artículo 649) o las medidas provisionales de los procesos matrimoniales (artículos 659 a 661), y otras que carecen de tal justificación al venir referidas a medidas de contenido patrimonial perfectamente incluibles en la relación del artículo 727, tales como la formación de inventario en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales del artículo 671 y 672 o la tutela sumaria de los artículos 687 a 690 ACPC.

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 es cierta 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 acriticamente 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 especificidades, 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 ACPC 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, conector 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 Anteproyecto, 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 la Ley de Enjuiciamiento 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 Anteproyecto mezcla tanto las medidas indeterminadas como las específicas y por ello deben ser estudiada 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 ACPC. 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. Para ello procede seguir el concreto orden previsto en el artículo 355.

II.- EXAMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS.

1.- Embargo preventivo de bienes (artículo 355.1º).

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 Anteproyecto, 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 Anteproyecto, sino que también contiene una mejor regulación de esta materia, resolviendo algunas dudas 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 Anteproyecto:

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 ACPC, 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 810 a 825 del Anteproyecto.

b.- Casos en los que procede.

Dentro de la regulación del embargo preventivo son muy diferentes los casos en los que la ley declara esta medida cautelar como la más adecuada en función del objeto del proceso. Podemos distinguir los siguientes subgrupos de supuestos en los que procede esta medida.

i.- Supuestos específicos: se regulan en el artículo 358.2 ACPC, el cual establece que: **“2. Son supuestos en los que cabe solicitar el embargo preventivo:**

a) *Cuando el deudor no tenga domicilio en la República.*

b) Cuando la existencia del crédito esté demostrada con instrumento público o privado atribuido al deudor, o por contrato bilateral siempre que, el acreedor haya cumplido con su parte o que su obligación fuese a plazo.

c) Cuando, aun estando la deuda sujeta a condición o plazo, se acredite sumariamente que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes comprometiendo la garantía, o siempre que se justifique del mismo modo que por cualquier causa ha disminuido apreciablemente la solvencia del deudor después de contraída la obligación.

d) Cuando se demande por daños y perjuicios derivados de eventos dañosos, siempre que se acredite sumariamente el daño y el demandado no contare con seguro de responsabilidad; o cuando, contando con dicho seguro, la aseguradora se encontrase en proceso de liquidación al momento del inicio del proceso, o en forma sobrevenida.

En esta relación de supuestos concretos se establecen una serie de límites que se imponen al juzgador, de tal manera que se configuran como un elemento adicional que debe tener en cuenta a la hora de adoptar la medida cautelar, de tal manera que no solo deberá examinar la concurrencia de los diferentes presupuestos procesales legalmente fijados en abstracto para la concesión de la medida cautelar, sino también si la pretensión que se ejercita en el proceso cumple con las exigencias legales, tanto objetivas como subjetivas, previstas en el artículo 358.2, debiéndose denegar en caso contrario. Veamos cada una de estos supuestos por separado.

A.- Deudor sin domicilio en la República de Honduras.

En estos casos hay que entender que se permite el embargo preventivo cualquiera que sea el título que se aporte por el actor, que no es preciso que reúna las características de los apartados b) y c). Se trata de una medida de precaución ante la posible dificultad en la ejecución de la sentencia condenatoria que se pueda dictar en el proceso principal. Es preciso señalar que este embargo preventivo a extranjeros o hondureños no residentes en el país no se puede acodar en cualquier procedimiento en el que éstos sean parte, sino solo en aquellos que se reclame una cantidad de dinero en los términos del artículo 358.1 ACPC. También hay que señalar que el elemento determinante para el embargo preventivo es la no residencia en Honduras, por lo que al extranjero residente no se aplicará el embargo preventivo al amparo de esta previsión, sino en función del resto de los casos previstos en el artículo 358.2.

B.- Documentación del crédito.

La preferencia de la prueba documental para acreditar la realidad de los derechos de crédito que se reclaman encuentra en este apartado su plasmación legal, y más teniendo en cuenta la amplitud de documentos a los que se refiere dicho apartado. Por ello será un elemento fundamental a tener en cuenta para decretar esta medida que el crédito se documente en instrumento público (siempre) o en documento privado atribuido al deudor (lo que excluye el

documento privado unilateralmente realizado por el acreedor) o en 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 disminuido 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.

ii.- Supuesto genérico. Es el previsto en el artículo 358.3, según el cual: “**3.** *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 ACPC, según el cual, también será procedente el embargo por la cual se permite la adopción del embargo preventivo, aun cuando no concorra 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 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.

iii.- 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 ACPC, y sin embargo se prevén a lo largo del texto del anteproyecto y en ocasiones en leyes especiales. Como supuestos contenidos en el Anteproyecto de Código Procesal Civil se puede señalar, a título de ejemplo el artículo 534 e) ACPC, 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) ACPC, que autoriza el embargo del producto de espectáculos teatrales, cinematográficos o similares.

c.- Especialidades del Anteproyecto 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 Anteproyecto dichas especialidades son las siguientes:

- Embargo de bienes inmuebles: artículo 359 ACPC. 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.

- Embargo de vehículo. Se regula en el artículo 360, no presenta ninguna especialidad destacable, al ser normas dirigidas al depositario y a concretar las funciones del mismo en este tipo de 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.
- Bienes informáticos. Existe una previsión en el artículo 361 que 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.
- Títulos valores. Al igual que en el embargo preventivo de vehículos, el artículo 362 ACPC viene referido más a determinar las obligaciones del depositario que a regular algún tipo de especialidad en este embargo.
- Derechos de crédito o bienes del deudor en posesión de tercero. 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.
- Bienes muebles, unidades de producción o de comercio y empresas. 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 posible 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).

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).

2.- Prohibición general de disponer (artículo 355.2º).

Se establece esta prohibición general de disponer como medida cautelar nominada en el artículo 355.2º ACPC, 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 Anteproyecto 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 anteproyecto 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 ACPC señala que se dejará sin efecto siempre que se presentase a embargo bienes suficientes o diere caución bastante, lo que demuestra 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 ACPC, 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 Anteproyecto.

Un subtipo, en cuanto su objeto es más reducido, de la prohibición general de disponer 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 que *“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.*

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).

3.- Intervención y administración de bienes productivos (artículo 355.3º).

El artículo 355.3º ACPC 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 ACPC) 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 ACPC, 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.*

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 percibiére, 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.

i.- Situación jurídica cautelable.

De conformidad con lo previsto en el artículo 367.1, se podrá solicitar esta medida en los siguientes casos.

1º) 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.

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

3º) 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.

ii.- 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 ACPC 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 ACPC 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.

iii.- Régimen jurídico común a la intervención y a la administración.

Procedimiento. El artículo 368.2 ACPC 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 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 del término imperativo “...se citará a comparecencia...” señalado 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 ACPC, en el que se califica en su apartado 1 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 ACPC, corresponderá al peticionario y solo en circunstancias excepcionales 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 ACPC 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 la figura del administrador ordinario de la misma que ve sometida su actividad empresarial diaria al control del interventor judicial, o 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 contienen 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:

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

2º) Llevar el control de ingresos y egresos.

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

4º) 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 ACPC:

- *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 ACPC, 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 ACPC 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 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 ACPC, 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 (375.6º y 375.7º). Además de la obligaciones anteriores, el artículo 374.1º ACPC le 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 ACPC, 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 ACPC, 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.

4.- Secuestro de cosa mueble o semoviente.

El artículo 366 ACPC 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 registrará 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 relación con su objeto y 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 ACPC 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.

No obstante la dicción del artículo 366.1 ACPC que parece dar a entender que solo se dará el secuestro en los casos de pretensión de entrega de la cosa, tal especialidad se rompe 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 extendible 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 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 c) (*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 d) (*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 619.1 (*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*).

5.- Formación de inventarios (artículo 355.5º)

El número 5.º del artículo 355 ACPC permite solicitar como medida cautelar "La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga".

En relación a esta medida es preciso su distinción como auténtica medida cautelar, de aquellos otros supuestos en los que la formación del inventario 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.

El Anteproyecto mantiene la dicotomía señalada anteriormente, de tal forma que se establece como una de las medidas cautelares específicas 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 ACPC). En este último caso, así como en otros que puedan estar establecidos en el Anteproyecto o en leyes especiales,

no se trata de una medida cautelar sino de una fase procesal del concreto procedimiento y por ello habrá que estar a las concretas condiciones que 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 ACPC, 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 ACPC). 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 si 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.

6.- Anotaciones registrales (artículo 355.6º).

Señala el artículo 355.6º ACPC 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.

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, aún 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 Anteproyecto. 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 Anteproyecto 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 ACPC 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 ACPC 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 ACPC, 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 Anteproyecto 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.

b.- Otras anotaciones registrales.

El segundo inciso del artículo 355.6º 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 Anteproyecto:

- 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 ACPC.

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 Anteproyecto, 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.

7.- Limitaciones temporales de actuación al demandado

Señala el artículo 355.7º ACPC 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 355.7º ACPC 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 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 Anteproyecto 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 continúa 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 Anteproyecto, 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 en 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 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.

8.- 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 Anteproyecto

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 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 acudirse 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 a) ACPC. Dicho concepto por motivos obvios sólo puede ser considerado desde el punto de vista de la ilicitud civil, y deberá entenderse como todas aquellas actividades 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.

9.- Depósito de materiales, cantidades y ejemplares afectos a régimen de exclusividad (artículo 355.9º).

El artículo 355.9º ACPC 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 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 ACPC.

10. 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 ACPC, 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 ACPC.

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 Anteproyecto, 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.

III.- LAS MEDIDAS CAUTELARES INDETERMINADAS.

Como ya se señaló anteriormente, el artículo 356 del Anteproyecto 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 cautelas 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 omnicomprensiva 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 Anteproyecto y a las concretas especialidades que se contengan en otros artículos del texto procesal o en leyes especiales.

IV.- MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS FUERA DEL LIBRO III DEL ANTEPROYECTO.

El Anteproyecto, 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 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.

1.- Procesos especiales por razón de la materia en el Anteproyecto.

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 355.10^a, 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 ACPC 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 ACPC, "... 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 peticionario.*
- 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 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 Anteproyecto, 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:

a) 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.

b) La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda.

c) 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.

d) 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.

e) El embargo de los equipos, aparatos y materiales.

Es de destacar en este artículo, que no aporta nada especialmente novedoso con respecto al régimen general de las cautelas los siguientes 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 porqué 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 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 610.- 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 610.2 ACPC para que se lleve a cabo la anotación preventiva de demanda, referencia innecesaria dado que al amparo del artículo 355.6º ACPC 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.
- No es posible llevar a cabo la solicitud de modificación o sustitución de la medida por caución.

2.- Procesos sobre capacidad de las personas.

Artículo 643.- 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 643 ACPC 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 643.2) o de parte interesada (artículo 643.3) 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 643.1). 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 638 ACPC.

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.

3.- Procesos de filiación.

Artículo 649.- 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 concurran 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 649 ACPC 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 649.1, 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 649.2), 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 649 es imprescindible haber interpuesto demanda de impugnación o reclamación de filiación.

El trámite, con carácter general previsto en el primer inciso del artículo 649.3, 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.

4.- Procesos de familia.

Sección 4ª. Medidas provisionales y definitivas

Artículo 659- 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.

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 aquélla, 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 660.- 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 661.- 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 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 665.- Medidas en caso de guarda y custodia 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 659.3, 660.2 y 661.3 y 4 ACPC.
- El juez, podrá adoptar, a modo de medidas provisionalísimas, y únicamente en medidas provisionales previas a la presentación de la demanda (artículo 659.4), 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 659.3 ACPC 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 demanda (artículos 660.2 y 661.3), 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 ACPC son: a) posibilidad de un plazo adicional de diez días para la práctica de pruebas que no puedan tener lugar en la audiencia (artículo 659.5) y b) que contra los autos que se dicten en cualquiera de los casos no procede recurso alguno (artículos 659.7, 660.3 y 661.3 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 659.1) o bien, en las coetáneas con la demanda, al actor (artículo 661.3) o al demandado si no las había solicitado el demandante (artículo 661.4).
- 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 659.8).
- 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 659.1) 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 660 prevé la posibilidad de confirmación o modificación de las medidas.
 - Este régimen es igualmente extensible a los procesos que versen sobre guarda y custodia o alimentos de menores, tal como establece el artículo 665 ACPC.

BIBLIOGRAFÍA.

BARONA VILAR, Silvia; Las medida cautelares: Introducción; Las Medidas Cautelares, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1993 – XXVII, páginas 11 a 50.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto; La tutela cautelar en la de la Ley de Enjuiciamiento Civil; Las medidas cautelares y recursos, Cuadernos de Derecho Judicial, 2000, X, páginas 19 a 95.

RIFA SOLER, José María; Requisitos de las medidas cautelares, modificación y alzamiento de las cautelas; Las medidas cautelares y recursos, Cuadernos de Derecho Judicial, 2000, X, páginas 100 a 143.

LARROSA AMANTE, Miguel Ángel; Las cautelas indeterminadas y las medidas cautelares específicas; Las medidas cautelares y recursos, Cuadernos de Derecho Judicial, 2000, X, páginas 147 a 192.

VALLS GOMBÁU, José Francisco; La unificación del procedimiento cautelar; Las medidas cautelares y recursos, Cuadernos de Derecho Judicial, 2000, X, páginas 260 a 343.

ALONSO SAURA, Pilar; Clases de medidas cautelares. Criterios para su adopción. Medidas cautelares sin audiencia previa del demandado; Las medidas cautelares en el ámbito de los Juzgados de lo Mercantil, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2004 XVIII, páginas 21 a 57.

MORENO HELLÍN, José; Modificación y alzamiento de las medidas cautelares. Caucción sustitutoria. Daños y perjuicios; Las medidas cautelares en el ámbito de los Juzgados de lo Mercantil, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2004 XVIII, páginas 63 a 99.

LOPEZ – ALANIS SIDRACH DE CARDONA, Antonio; Suspensión de acuerdos sociales; Las medidas cautelares en el ámbito de los Juzgados de lo Mercantil, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2004 XVIII, páginas 101 a 133.

MONTALBAN AVILÉS, Andrés; Propiedad Intelectual y medidas cautelares; Las medidas cautelares en el ámbito de los Juzgados de lo Mercantil, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2004 XVIII, páginas 257 a 298.

LARROSA AMANTE, Miguel Ángel; Propiedad Industrial y medidas cautelares; Las medidas cautelares en el ámbito de los Juzgados de lo

Mercantil, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2004 XVIII, páginas 299 a 356.

FERNÁNDEZ SEIJO, 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; Las medidas cautelares en el ámbito de los Juzgados de lo Mercantil, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2004 XVIII, páginas 359 a 407.

ORTELLS RAMOS, Manuel; La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000; La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia; Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2003, nº 44, Páginas 591 a 688.

TEXTO ARTICULADO SOBRE MEDIDAS CAUTELARES EN EL ANTEPROYECTO

VERSIÓN SEPTIEMBRE DE 2006.

Artículo 350.- Procedencia y requisitos.

- 1. En cualquier proceso el demandante o el demandado reconviniendo podrán solicitar las medidas cautelares necesarias y apropiadas para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la sentencia que recayera.*
- 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en este Código respecto de los procesos no dispositivos, las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte; se adoptarán, además, bajo la responsabilidad de quien las solicite y sólo podrán afectar a bienes o derechos de las partes del proceso.*

Artículo 351.- Presupuestos.

- 1. 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.*
- 2. El solicitante deberá justificar también su derecho, de manera que permita al juez, sin prejuzgar el fondo, considerar provisional e indiciariamente que la pretensión tiene fundamento.*
- 3. 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.*
- 4. Contra el Estado no proceden las medidas cautelares para futura ejecución forzosa.*

Artículo 352.- Momento para solicitar las medidas cautelares.

Las medidas cautelares se podrán solicitar y adoptar en cualquier estado del proceso, e incluso antes de haberse iniciado. En este último caso, las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los diez (10) días de cumplidas, condenándose en tal caso al peticionario al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados.

Artículo 353.- Medidas cautelares en procesos extranjeros y arbitraje.

1. El demandante en un arbitraje iniciado en territorio hondureño, y el demandado reconviniente, podrán solicitar al juez la adopción de las medidas cautelares pertinentes.

2. Quien acredite ser parte en procesos judiciales o arbitrales seguidos en otro Estado, podrán solicitar de los órganos jurisdiccionales hondureños la adopción de medidas cautelares respecto de bienes situados o actos que se estén realizando en Honduras, de conformidad con los Tratados y Convenios internacionales aplicables.

Artículo 354.- Facultades del tribunal.

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.*

**TITULO SEGUNDO
CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES**

Capítulo I. Medidas cautelares que pueden adoptarse

Artículo 355.- Medidas cautelares específicas.

Podrá solicitarse la adopción de las siguientes medidas cautelares:

1ª) *El embargo preventivo de bienes;*

2ª) *La prohibición general de disponer;*

3ª) *La intervención o la administración judicial de bienes productivos;*

4ª) *El secuestro de cosa mueble o semoviente;*

5ª) *La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga;*

6ª) *La anotación preventiva de la demanda, y otras anotaciones registrales si la publicidad registral es útil para garantizar el cumplimiento de la ejecución;*

7ª) *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;*

8ª) *La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda;*

9ª) *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;*

10ª) *La suspensión de acuerdos sociales impugnados.*

Artículo 356.- Potestad cautelar general.

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.

Artículo 357.- Proporcionalidad y adecuación.

Podrá el tribunal ordenar 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.

Capítulo II. Embargo preventivo y secuestro

Artículo 358.- Procedencia del embargo preventivo.

1. *Podrá solicitar embargo preventivo el acreedor de deuda en dinero, o en frutos, rentas y cosas fungibles convertibles en dinero por aplicación de precios ciertos.*

2. *Son supuestos en los que cabe solicitar el embargo preventivo:*

a) *Cuando el deudor no tenga domicilio en la República.*

b) Cuando la existencia del crédito esté demostrada con instrumento público o privado atribuido al deudor, o por contrato bilateral siempre que, el acreedor haya cumplido con su parte o que su obligación fuese a plazo.

c) Cuando, aun estando la deuda sujeta a condición o plazo, se acredite sumariamente que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes comprometiendo la garantía, o siempre que se justifique del mismo modo que por cualquier causa ha disminuido apreciablemente la solvencia del deudor después de contraída la obligación.

d) Cuando se demande por daños y perjuicios derivados de eventos dañosos, siempre que se acredite sumariamente el daño y el demandado no contare con seguro de responsabilidad; o cuando, contando con dicho seguro, la aseguradora se encontrase en proceso de liquidación al momento del inicio del proceso, o en forma sobrevenida.

3. 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.

4. En todo lo no previsto expresamente en este título se estará a lo dispuesto para el embargo en la ejecución forzosa.

Artículo 359.- Embargo de inmuebles.

1. Cuando se embargare un bien inmueble, se procederá a anotar la medida en el Registro de la Propiedad, surtiendo efectos la medida desde la presentación del mandamiento en el mismo.

2. Si se tratare de un inmueble no inscrito, inmediatamente se notificará la medida al deudor, surtiendo desde entonces efectos el embargo.

3. Cuando la afectación se limite al bien mismo, con exclusión de sus frutos, se nombrará necesariamente como depositario al propietario, sin que devenga obligado al pago de renta, pero sí a conservar la posesión.

Artículo 360.- Embargo de vehículo.

1. Cuando se hubiere ordenado el embargo de un vehículo, se procederá a nombrar un depositario quien lo custodiará en un lugar adecuado o un almacén permanente de bienes y no podrá ser retirado sin orden escrita del juez que decreta la medida. Mientras esté vigente el embargo, no se levantará la orden de inmovilización.

2. No obstante, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, el tribunal podrá designar depositario al deudor, que podrá utilizar el vehículo con la diligencia de

un buen padre de familia, aunque deberá mantenerlo accesible en todo momento al tribunal y al acreedor.

Artículo 361.- Embargo de bienes informáticos.

En caso de dictarse embargo sobre cualesquiera soportes hábiles para almacenar información, sean electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, el afectado por la medida tendrá derecho a retirar la información contenida en ellos.

Artículo 362.- Embargo de títulos valores.

1. Cuando se afecten títulos valores conforme a los artículos 153 y 457 del Código de Comercio, éstos serán entregados al depositario haciéndose la anotación respectiva en el documento, conjuntamente con copia certificada de su designación y del acta de embargo.

2. El depositario queda obligado a todo tipo de gestiones y actuaciones para evitar que el título se perjudique en el ejercicio de derechos, y a depositar de inmediato a la orden del tribunal el dinero que obtenga.

Artículo 363.- Obligaciones del depositario.

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.*

Artículo 364.- Embargo en forma de retención.

Cuando la medida cautelar recaiga sobre derechos de crédito u otros bienes del deudor en posesión de terceros, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del tribunal, depositando el dinero en una entidad financiera del Estado o de un agente financiero designado para ello. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del juez.

Artículo 365.- Embargo de bienes muebles, unidades de producción o de comercio y de empresas.

- 1. Pueden embargarse los bienes muebles que se encuentren dentro de una empresa, cuando esta medida no afecte el normal desenvolvimiento de la misma.*
- 2. Asimismo podrá decretarse el embargo de una unidad de producción o de comercio conforme a lo establecido en el artículo 647 del Código de Comercio.*

Artículo 366.- Procedencia del secuestro.

- 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.*

Capítulo III. Intervención y administración de bienes

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.

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.

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:

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

2º) Llevar el control de ingresos y egresos.

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

4º) 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.

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 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.

Capítulo IV. Otras medidas cautelares

Artículo 377.- Prohibición general de disponer.

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. (Cambio en la redacción, antes se leía: "anotación en el Registro de la Propiedad.")***

(Se suprime No. 4)

Artículo 378.- Anotación de demanda.

Procederá la anotación de demanda cuando se dedujere una pretensión que pudiese tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el Registro correspondiente.

Artículo 379.- Prohibición de innovar y de contratar.

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.

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.*

TÍTULO III

PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCION DE MEDIDAS CAUTELARES

Artículo 380.- Requisitos de la solicitud de medidas cautelares.

1. *La solicitud de medidas cautelares se presentará por escrito y deberá contener la precisa determinación de la medida y de su alcance, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción.*

2. *Se acompañarán los documentos que la funden, y en ella se propondrán otros medios de prueba para acreditar los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares.*

3. *Asimismo, se ofrecerá la prestación de caución, especificando el tipo de la misma y la cuantía que se propone, o se justificará la exención que corresponda al solicitante.*

Artículo 381.- Competencia.

1. *Será competente para la adopción de las medidas cautelares el juez que deba conocer del proceso posterior, o el que esté conociendo en la instancia o recurso en que se han de acordar.*

2. *Si la medida cautelar se solicita en relación a un proceso arbitral, la competencia corresponderá al tribunal del lugar donde se deba ejecutar la sentencia arbitral o donde deban surtir efecto las medidas. Lo mismo se aplicará respecto de las medidas cautelares solicitadas para procesos judiciales o arbitrales extranjeros, salvo que dispongan cosa distinta los Tratados o Convenios aplicables.*

Artículo 382.- Examen de oficio de la competencia.

1. *El tribunal examinará de 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.*

2. Sin embargo, 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.

Artículo 383.- Procedimiento.

1. Para la sustanciación de la solicitud de medidas cautelares, así como su modificación, sustitución o cese, se formará pieza separada, que en ningún caso suspenderá el curso del proceso principal, y previa audiencia de la parte contra quien se solicite.

2. Sin embargo, 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.

Artículo 384.- Tramitación.

1. Admitida la solicitud, el tribunal convocará a las partes a una audiencia con carácter preferente que se celebrará dentro del quinto día hábil a la notificación.

2. En la audiencia ambas partes expondrán, brevemente, lo que a su derecho convenga. 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.

3. 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.

Artículo 385.- Decisión sobre las medidas cautelares.

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.

Artículo 386.- Prestación de 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.

Artículo 389.- Ejecución de la medida cautelar.

1. 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

2. De la ejecución de la medida se levantará acta firmada por todos los intervinientes y certificada por el auxiliar, quien, en su caso, dejará constancia de la negativa a firmar.

3. Cuando se trate de la anotación preventiva se procederá conforme a las normas del Registro correspondiente.

4. Los depositarios, interventores o administradores judiciales, así como los responsables de los bienes o derechos sobre los que hubiera recaído una medida cautelar, sólo podrán enajenarlos previa autorización del tribunal y si concurren circunstancias tan excepcionales que resulte más gravosa la conservación que la enajenación.

Artículo 390.- Oposición del demandado.

1. Cuando la medida cautelar se adoptara sin previa citación del demandado, podrá éste formular oposición en el plazo de tres días contados desde la notificación del auto por el que se acuerde.

2. En el escrito de oposición deberá el demandado justificar debidamente la improcedencia de la medida, proponiendo las pruebas de las que pretenda valerse para fundamentar su oposición.

Artículo 391.- Caución para impedir la práctica de la medida cautelar.

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.

Artículo 392.- Decisión sobre la oposición.

1. Admitida la oposición, el tribunal convocará a las partes a una audiencia, que se celebrará en el plazo de cinco días contados desde la recepción de la notificación por las partes. Al demandante se le dará copia del escrito de oposición.

2. Presentadas las alegaciones por las partes, y practicadas las pruebas que se propusieran y admitieran, el tribunal resolverá inmediatamente o dentro del plazo de tres días sobre el mantenimiento o levantamiento de la medida y sobre la prestación de la caución ofrecida. Las costas correrán a cargo de la parte que hubiera visto desestimadas sus pretensiones, salvo que el tribunal acordare el levantamiento de la medida admitiendo la caución ofrecida por el demandado, en cuyo caso no procederá el pronunciamiento sobre costas.

Artículo 393.- Reclamación de daños y perjuicios por el demandado.

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.

**TITULO CUARTO
MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN**

Artículo 394.- Modificación de las medidas cautelares adoptadas.

- 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.*

Artículo 395.- Levantamiento de la medida cautelar.

- 1. 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, peticionar a su mantenimiento o modificación. En tal caso el tribunal, oída la parte contraria y atendidas las circunstancias del caso, resolverá lo procedente.*
- 2. Si la sentencia estimare parcialmente la pretensión del demandante, el tribunal resolverá sobre el mantenimiento, modificación o levantamiento de la medida con audiencia de las partes.*

Artículo 396.- Efectos del levantamiento de la medida.

- 1. 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.

2. *La indemnización se pedirá ante el tribunal de primera instancia y resuelta por éste, previo traslado por tres días a la parte contraria.*

3. *La caución ofrecida estará especialmente afectada a la reparación indemnizatoria, pudiendo el demandado solicitar la exacción de los daños y perjuicios causados. Podrá asimismo el demandado reclamar la oportuna indemnización en los supuestos de renuncia a la pretensión o desistimiento de la instancia.*

Artículo 397.- Caducidad de la medida cautelar.

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.

Admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por la parte en cuya posición ingrese, aunque la parte en cuya posición haya ingresado renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa.

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.

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.*

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 peticionario.*

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.*

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:

a) *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.

b) La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda.

c) 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.

d) 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.

e) El embargo de los equipos, aparatos y materiales.

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.

Artículo 575.- Exención de caución en la medida cautelar.

En los procedimientos en los que se interponga la pretensión de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el juez podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados.

Artículo 606.- Medidas cautelares.

Si la demanda pretendiere que se resuelva judicialmente, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva, el juzgado, antes incluso de la citación para la audiencia, dirigirá inmediata orden de suspensión al dueño o encargado de la obra, que podrá ofrecer caución para continuarla, así como la realización de las obras indispensables para conservar lo ya edificado. El juzgado podrá disponer que se lleve a cabo reconocimiento judicial, pericial o conjunto, antes de la audiencia.

Artículo 610.- 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.

Artículo 619.- Actos previos a la audiencia.

- 2. 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.*

Artículo 643.- 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.*

Artículo 649.- 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.*

Sección 4ª. Medidas provisionales y definitivas

Artículo 659- 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.*

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 aquélla, 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 660.- 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 661.- 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 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 665.- Medidas en caso de guarda y custodia 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.