

MÓDULO INSTRUCCIONAL

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL HONDUREÑO

Consultor Internacional:

LUIS ALFREDO DE DIEGO DÍEZ

Magistrado - Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla-España)

Tegucigalpa-Santa Rosa de Copán
Del 21 de enero al 1 de febrero de 2008

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL HONDUREÑO

ÍNDICE

Introducción

DEL CÓDIGO DE 1906 AL NUEVO CÓDIGO DE 2007 EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES

	Pág.
1. LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1906 Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA.....	7
2. LA TUTELA CAUTELAR EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL.....	8
3. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA REGULACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS DE 1906 Y EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL.....	9
4. DERECHO TRANSITORIO.....	11

Capítulo I

CUESTIONES GENERALES

1. LA TUTELA CAUTELAR.....	13
A) Justificación de la tutela cautelar	
B) Fundamento constitucional de la tutela cautelar	
C) Configuración normativa	
2. CARACTERES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	18
A) Jurisdiccionalidad	
B) Instrumentalidad	
C) Disponibilidad	
D) Sumariedad	
E) Proporcionalidad	
3. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES.....	22
A) Por sus efectos	
B) Por su contenido	
C) Por su tipicidad	
4. FACULTADES DEL TRIBUNAL.....	24

Capítulo II

PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. PELIGRO DE LESIÓN O FRUSTRACIÓN POR MORA PROCESAL.....	26
A) Peligro: concepto y caracteres	
B) Los riesgos para la efectividad de la tutela	
C) Justificación del peligro y concesión de la medida	
2. APARIENCIA DE BUEN DERECHO.....	30
3. PRESTACIÓN DE CAUCIÓN POR EL SOLICITANTE.....	31
A) Exigencia de prestar caución y sus excepciones	
B) Ofrecimiento y prestación de la caución	
C) Cantidad y calidad de la caución	

Capítulo III

LOS SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO CAUTELAR

1. EL ÓRGANO JUDICIAL.....	42
A) Competencia objetiva y funcional	
B) Competencia en casos especiales	
C) Tratamiento procesal de la competencia	
2. LAS PARTES.....	46
A) Legitimación	
B) Intervención de terceros en las actuaciones cautelares	
C) Postulación	

Capítulo IV

DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO CAUTELAR

1. SOLICITUD DE LA MEDIDA CAUTELAR.....	50
A) Instancia de parte	
B) Requisitos y contenido de la solicitud	
2. MOMENTO PARA INSTAR LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	56
A) Medidas cautelares previas a la demanda	
B) Medidas cautelares coetáneas a la demanda	
C) Medidas cautelares posteriores a la demanda y en fase de recursos	
3. TRAMITACIÓN.....	62
A) Adopción de medidas sin audiencia previa (con contradicción diferida)	
B) Tramitación de las cautelas con audiencia previa	

C) Recursos	
4. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	86
A) Prestación de caución para el cumplimiento de la medida	
B) Exenciones a la prestación de caución	
C) Forma de la caución	
D) Decisión sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la fianza	
5. MODIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN CAUTELAR.....	89
A) Modificación de medidas como consecuencia de alteraciones en los hechos	
B) Modificación de medidas como consecuencia de alteraciones del proceso principal	
6. CAUCIÓN SUSTITORIA.....	106
A) Momento para solicitarla	
B) Criterios para acordarla	
C) Forma y cuantía	
7. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.....	110
A) Responsabilidad objetiva del solicitante	
B) Supuestos	
C) Contenido	
D) Procedimiento	

Capítulo V

LAS MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS

1. EMBARGO PREVENTIVO DE BIENES.....	115
A) Situación jurídica cautelable	
B) Peligro de mora procesal: supuestos específicos	
C) Especialidades del Código según el tipo de bien objeto de embargo preventivo	
D) El depositario	
E) Tercería de dominio	
2. PROHIBICIÓN DE DISPONER.....	124
3. INTERVENCIÓN O ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE BIENES PRODUCTIVOS.....	127
A) Disposiciones comunes a la intervención y la administración	
B) Intervención	
C) Administración	
4. SECUESTRO DE COSA MUEBLE O SEMOVIENTE.....	134
5. FORMACIÓN DE INVENTARIOS.....	135
6. ANOTACIONES REGISTRALES.....	136
A) Anotación preventiva de demanda	
B) Otras anotaciones registrales	
7. LAS ÓRDENES DE CESACIÓN, ABSTENCIÓN Y PROHIBICIÓN.....	139

A) Cese provisional de la actividad	
B) Abstención temporal de llevar a cabo una conducta	
C) Prohibición de cesar o interrumpir la realización de una prestación que viniera llevando a cabo	
8. INTERVENCIÓN Y DEPÓSITO DE INGRESOS PROCEDENTES DE ACTIVIDAD ILÍCITA.....	141
9. DEPÓSITO DE MATERIALES, CANTIDADES Y EJEMPLARES AFECTOS A RÉGIMEN DE EXCLUSIVIDAD.....	142
10. SUSPENSIÓN DE ACUERDOS SOCIALES.....	142

Capítulo VI

OTRAS MEDIDAS CAUTELARES

1. MEDIDAS CAUTELARES INDETERMINADAS.....	143
2. MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS FUERA DEL LIBRO III DEL CÓDIGO.....	143
A) Procesos especiales por razón de la materia en el Código Procesal Civil	
B) Procesos no dispositivos	

ANEXO

Jurisprudencia sobre Medidas Cautelares

ABREVIATURAS

art(s).	artículo(s).
AAP	Auto de la Audiencia Provincial (española).
AP	Audiencia Provincial (española).
ATC	Auto del Tribunal Constitucional (español).
ATS	Auto de Tribunal Supremo (español).
CC	Código Civil hondureño (Decreto núm. 76-1906).
CE	Constitución española.
CF	Código de Familia (Decreto núm. 76-1984).
cfr.	confróntese.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial (España).
CH	Constitución de Honduras.
CPC	Código Procesal Civil (Decreto núm. 211-2006)
ed.	edición.
fj	fundamento jurídico.
LDyDC	Ley del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos (Decreto 4-1999-E).
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (española).
núm.	número.
pág(s).	página(s).
p. ej.	por ejemplo.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial (española).
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (español).
(S)STS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo (español).
vol.	volumen.

Capítulo introductorio.

Del Código de 1906 al nuevo Código de 2007 en materia de
medidas cautelares

1. LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1906 Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA

Tras la entrada en vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1906, la tutela cautelar ha venido padeciendo un tratamiento *disperso* y *diferenciado* como consecuencia de su necesaria adaptación a los cambios sociales y económicos que se han desarrollado a lo largo de cien años.

A) Dispersión normativa

Regulación dispersa tanto en el CPC 1906 como en l normativa sectorial.

a) Código de Procedimientos Civiles de 1906. Falta una regulación completa y sistematizada. La escasa normativa al respecto se articula en torno a dos núcleos:

1. Las denominadas «providencias precautorias» del Título III, Libro II (arts. 270 a 285). Regulación caótica.

2. A lo largo del articulado del Código de Procedimientos Civiles de 1906, se establecen normas específicas sobre el tratamiento de alguna medida cautelar. Ejemplo: depósito de cosa mueble (art. 252.II).

b) Normas procesales especiales. Dispersión normativa en las normas extravagantes al Código. Ejemplo: las medidas cautelares previstas para la impugnación de acuerdos sociales.

B) Tratamiento procesal diferenciado

El Código de 1906 genera confusión sobre el procedimiento adecuado para tramitar y resolver las medidas solicitadas. Existe una diversidad de tratamiento al respecto que puede agruparse del siguiente modo:

1. *Medidas que tienen una regulación completa e independiente para su adopción.* 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.

Un buen ejemplo es la regulación del embargo, contenida en los artículos 459 y siguientes del Código de Procedimientos.

2. *Medidas que se adoptan como incidentes dentro de otros procesos.* En ocasiones no se establece norma alguna sobre el procedimiento, sino que tan solo se admite la posibilidad legal de adoptar algún tipo de medida cautelar específica, en prevención de procesos posteriores y que normalmente tenía poca relación con el propio objeto del proceso en cuyo seno se adoptan. Como ejemplo de este grupo, se puede citar el derecho de retención del arrendatario establecido en el artículo 706 del Código de 1906 para los casos de juicio de desahucio.

3. *Medidas cuyo procedimiento se establece por remisión a otras normas del propio Código de 1906.* En estos casos, las normas, casi siempre leyes especiales, fijan 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. Ejemplo de este grupo es el secuestro judicial (art. 271), que se remite a las disposiciones del juicio ejecutivo, aunque solo en lo concerniente al tratamiento del depositario de los bienes embargados (art. 272).

4. *Medidas que carecen de referencia alguna en cuanto al procedimiento para su adopción.* En el texto procesal de 1906 coexisten otras medidas que no han sido en absoluto reguladas en lo tocante al procedimiento para su adopción. El ejemplo más paradigmático en el ordenamiento hondureño se encuentra en las providencias precautorias (nombramiento de interventor, prohibición de celebrar actos y contratos) en las que no se establece procedimiento alguno sobre la forma en la que deben acordarse dichas medidas, una vez solicitadas por el demandante.

2. LA TUTELA CAUTELAR EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El nuevo Código, en su Libro III, ha establecido una regulación del régimen de las medidas cautelares con la aspiración de dotar al ordenamiento procesal civil hondureño de un sistema lo más completo y unitario posible.

En concreto, bajo la rúbrica «De las medidas cautelares» (arts. 350 a 397), se lleva a cabo el tratamiento general de esta materia de acuerdo con la siguiente estructura:

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

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

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

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

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

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

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

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

Pese al loable propósito de sistematizar, uniformar y localizar la actividad cautelar en el Libro III, no faltan las referencias y el desarrollo de específicas medidas cautelares en otras partes del nuevo Código. Así, por ejemplo, podemos ver peculiaridades por razón de la materia, en las medidas específicas adoptadas en sede de impugnación de acuerdos sociales (art. 509), competencia desleal (art. 519), propiedad industrial (art. 527), etc.

3. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA REGULACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS DE 1906 Y EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Las principales diferencias que mejoran la regulación de la tutela cautelar son las siguientes:

1. *Apertura del nuevo Código a la adopción de medidas cautelares atípicas.* La regulación del Código de 1906 establece una apariencia de *numerus clausus* en las providencias precautorias (véase el art. 270 en relación el art. 283, ambos del CPC/1906). Frente a esta situación, el nuevo Código incrementa en el artículo 355 el número de medidas cautelares específicas, que pasan de cuatro a diez; y, además, incorpora una cláusula general en el artículo 356 (denominada «potestad cautelar general») que amplía las medidas cautelares que se pueden solicitar y adoptar hasta el infinitivo (medidas innominadas).

2. *Previsión de un específico procedimiento cautelar.* El Código de Procedimientos Civiles de 1906 no regula procedimiento alguno para tramitar las peticiones de medidas cautelares ni tampoco para el resto de incidencias que pudieran surgir (oposición, revocación, modificación). Ello genera 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 del viejo Código, sí se regulan algunas norma de tramitación, pero no es la pauta general y no hay ninguna otra referencia procedimental, salvo las muy limitadas de los artículos 280, 282 y 285, dirigidas más bien al juez para justificar la adopción de las providencias precautorias o la prevista en el artículo 284 sobre alzamiento de las medidas.

Contrariamente a esta situación, el nuevo Código regula de forma completa el

procedimiento cautelar (libro III, título III), abarcando, con ánimo exhaustivo, las cuestiones que más habitualmente pueden producirse.

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 ofrece una regulación completa sino simples pinceladas sobre cada una de ellas, con frecuentes remisiones a otras disposiciones del mismo Código de Procedimientos, como ocurre con el secuestro en el artículo 272 y con el embargo en el artículo 276. Ello implica que cada una de las providencias precautorias específicas no queda regulada ni en sus aspectos procesales ni en sus aspectos sustantivos, lo que dificulta su aplicación al caso concreto y puede generar profundas diferencias en su contenido y ejecución en función de los criterios del tribunal que adopte dichas medidas.

Por el contrario, el nuevo Código dedica una amplia y completa regulación a las medidas más habituales (el embargo preventivo y el secuestro de bienes), así como a la medida más perjudicial y polémica, como es la intervención y administración de bienes, regulando con detalle las obligaciones tanto de los depositarios como de los interventores y de los administradores. Igualmente contiene referencias a importantes aspectos en algunas de las otras medidas y una regulación más completa de las medidas adoptadas dentro de los procedimientos específicos en función de la materia. Por tanto, existen al alcance de las partes y del tribunal más datos para poder 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. *Definición de los presupuestos y finalidad de las medidas cautelares.* En el centenario Código de Procedimientos no existe ninguna referencia a los presupuestos ni tampoco a la finalidad pretendida con la adopción de las medidas cautelares. Para adoptar las medidas no se lleva a cabo un adecuado examen de los mismos en función de la finalidad de toda medida cautelar.

En cambio, los artículos 350 y 351 del nuevo Código sí configuran dichos presupuestos (apariencia de buen derecho y peligro por mora procesal) y los elevan a la categoría de ineludibles: su apreciación será siempre necesaria para poder estimar la adopción de alguna medida cautelar. Ello exige ahora un razonamiento del juez sobre tales presupuestos 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. *Claridad en cuanto a las facultades del tribunal.* En la legislación en vigor nada se dice en concreto sobre qué facultades tiene el tribunal a la hora de abordar las providencias precautorias, salvo la correspondiente al cese de la medida una vez que el

peligro que se garantizaba haya desaparecido (art. 284). Sin embargo, en el texto del nuevo Código se incorpora un interesante artículo (el 354) en el que se establecen las concretas facultades del tribunal, en especial aquellas que puede ejercer de oficio.

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

Frente a ello, el nuevo Código incorpora una serie de garantías a favor del demandado que limitan los efectos perjudiciales que las medidas cautelares pueden tener para el mismo. En tal sentido incorpora la caución por parte del demandante para garantizar el pago de las costas y de los daños y perjuicios (art. 386); regula la oposición a las medidas (art. 390); prevé la posible caución sustitutoria a cargo del demandado (art. 391); establece la reclamación de daños y perjuicios si se levanta la medida (art. 393); prevé la modificación y levantamiento de la medida (arts. 394 y 395), así como la caducidad de la misma (art. 397).

4. DERECHO TRANSITORIO

Las leyes procesales, como el resto, son irretroactivas (así lo dispone el art. 21 del nuevo Código). Las dificultades surgen respecto de los procesos en curso, cuando entra en vigencia una nueva ley procesal. Las previsiones de derecho transitorio del nuevo Código en relación expresamente con las providencias precautorias, se limitan al contenido del artículo 912: «*Las medidas precautorias o cautelares ya adoptadas antes de entrar en vigencia el presente Código Procesal Civil, se regirán por las disposiciones del Código anterior, pero el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar su revisión, modificación, sustitución o cese, con arreglo al presente Código*». El precepto se refiere a las medidas pedidas y adoptadas con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código, pero no es este el único supuesto que puede darse. También es posible que las medidas se pidan con anterioridad a la vigencia del nuevo Código pero se adopten una vez que entre en vigor, y, finalmente, las medidas pueden solicitarse y adoptarse estando ya en vigor el nuevo Código.

Podemos, por tanto, distinguir tres supuestos:

1. *Medidas cautelares ya adoptadas al amparo de la legislación que se derogue.* A este supuesto es al que se refiere el artículo 912 de forma expresa. No se producirá

alteración alguna del régimen de las medidas cautelares ya adoptadas. El demandado solo podrá aplicar las previsiones del Título IV, Libro III, sobre modificación y revocación de las medidas cautelares (arts. 394 a 397), sin que sea posible que sobre las medidas adoptadas conforme a la legislación anterior se tenga en consideración, ni por las partes ni de oficio por el tribunal, el resto de las previsiones del actual Libro III del nuevo Código. Eso sí, una vez modificadas las medidas, se ajustarán en todo a las disposiciones del nuevo Código.

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

3. *Medidas cautelares solicitadas tras la entrada en vigor del nuevo Código.* Este es el supuesto que menos dudas ofrece. Procederá la aplicación de todo lo previsto en el Libro III en relación a las medidas cautelares, tanto en lo referente a los aspectos procesales como a los sustantivos de las medidas que se soliciten y ello aun cuando el solicitante plantee su petición al amparo de la legislación que en ese momento ya esté derogada, pues el juez debe de adaptar la petición a las nuevas normas procesales, por tratarse de normas de orden público aplicables de oficio por el tribunal (arts. 7 y 21 del CPC). Es de reseñar que, según lo expuesto, es posible que mientras el pleito principal se esté tramitando con arreglo a la normativa del Código de 1906, las medidas cautelares lo hagan conforme al Código de 2007.

Capítulo I. *Cuestiones generales*

El Código Procesal Civil presenta, en su Libro III, un tratamiento sistemático de las medidas cautelares en consonancia con los códigos procesales modernos. Se recogen aquí las normas generales (legitimación, presupuestos, momento procesal, facultades del tribunal), se establecen las clases de medidas y sus particularidades, se regula el procedimiento para su adopción así como los trámites para la modificación y revocación de las ya adoptadas y, en definitiva, se describe un completo tratamiento procesal de la tutela cautelar diferenciado del correspondiente a la pretensión principal.

Con todo, a lo largo del texto del nuevo Código se hace referencia a ciertas medidas cautelares específicas cuyo régimen, o alguna singularidad del mismo, está fuera de este Libro III. Es el caso, por ejemplo, de las órdenes de cesación provisional, que se regulan más concretamente en las especialidades de los procesos sobre competencia desleal (art. 519), protección de la propiedad industrial (art. 527), etc., o el caso de la suspensión de acuerdos sociales impugnados, que se menciona al tratar las especialidades del proceso de impugnación de acuerdos sociales (art. 509)⁽¹⁾. Pero estas referencias no alcanzan a desdeñar la existencia de un sistema general y completo de medidas cautelares, que será supletorio de las regulaciones especiales.

1. LA FUNCIÓN CAUTELAR

La función cautelar, o tutela cautelar, no solo está plenamente justificada debido a la necesaria e inevitable demora que el proceso supone para la resolución del conflicto, sino que tiene su fundamento en la propia Constitución como una manifestación específica del derecho a la tutela judicial efectiva (hoy también reconocido en el art. 1 del CPC).

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

A) Justificación de la tutela cautelar

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

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

Pero, la «efectividad» de la sentencia no se logra únicamente mediante una tutela cautelar dirigida a asegurar su cumplimiento o ejecución; en ocasiones, habrá que ir más allá y tomar medidas que anticipen el fallo, que resuelvan interinamente una relación controvertida cuando, de tener que esperar a la resolución definitiva, podrían irrogarse daños irreparables a una de las partes (p. ej., las medidas cautelares sobre guarda, cuidado y alimentos de menores, previstas en el art. 664, en relación con los arts. 658, 659 y 660,

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

(3) Esa ineludible demora está justificada por ser necesaria para garantizar la defensa del demandado y el acierto de la sentencia que termina el proceso. Es muy gráfica al respecto la expresión de que solamente «Dios para juzgar no necesita proceso», de Miguel FENECH, *Principios de Derecho Procesal Tributario*, Librería Bosch, Barcelona, tomo I, 1949, pág. 67, donde previamente decía «cuando el ente que juzga no está sometido a la humana limitación, la función de juzgar se agota con el mero enjuiciamiento, y éste, con el juicio mismo, que se lleva a cabo instantáneamente y fuera del tiempo».

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

todos del CPC). No se trataría entonces de garantizar la ejecución de la sentencia, sino de garantizar la satisfacción de la pretensión. El Código Procesal Civil apunta claramente estas dos funciones: «asegurar la efectividad y el cumplimiento de la sentencia» que recaiga en el proceso principal (art. 350.1) y «asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional pretendida» en el proceso principal (art. 356)⁽⁵⁾.

B) Fundamento constitucional de la tutela cautelar

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

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

1.^a Impone al legislador ordinario que establezca posibilidades de que los jueces adopten medidas cautelares.

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

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

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

4.^a Frente al órgano judicial, el peticionario de la tutela cautelar tiene derecho a obtener un pronunciamiento motivado, fundado en Derecho. La resolución que adopte o deniegue las medidas ha de hacerlo «razonadamente y no de forma arbitraria o carente de fundamento» (STC 210/1993). En esta línea, el artículo 3 del CPC exige la motivación de las resoluciones como parte integrante del derecho al debido proceso.

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

C) Configuración normativa

Sin perjuicio de su fundamento constitucional –al que acabamos de referirnos– la tutela cautelar es configurada o diseñada por las leyes ordinarias. Estas leyes destinan a su regulación dos clases de normas, ambas de naturaleza procesal, pero de contenido diferente⁽⁶⁾:

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

1. Por un lado están las que se refieren a lo que es habitual en una norma procesal; es decir, las que determinan la competencia, la legitimación, los actos procesales y, en general, el procedimiento para la resolución sobre la medida cautelar y sus relaciones con el proceso principal. El Código Procesal Civil supone un avance extraordinario en este aspecto, porque las normas reguladoras de la jurisdicción, competencia, partes y procedimientos para resolver sobre las medidas cautelares se establecen con carácter común, esto es, son de aplicación general –salvo expresa previsión en contra– a cualesquiera medidas cautelares que se soliciten (nominadas o innominadas, incluidas en el propio Código o en leyes especiales).

2. Por otro lado están las normas que rigen el fondo de la propia tutela cautelar, es decir, las que determinan cuáles son los presupuestos que deben concurrir para que proceda acordar una medida cautelar, cuyo contenido y efectos igualmente son configurados por esas mismas normas. En esta materia, las normas procesales no se limitan a disponer 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 enjuiciamiento sobre la estimación de la pretensión interpuesta.

La articulación legal de las medidas cautelares se contempla fundamentalmente, pero no de modo exclusivo, en el Libro III del Código. Pero fuera del mismo hay otras disposiciones que regulan singularidades de la tutela cautelar. Sin ánimo de ser exhaustivos, pueden citarse las siguientes:

- 1) Medidas cautelares en procesos sobre incapacidad de las personas (art. 642).
- 2) Medidas cautelares en procesos sobre filiación, paternidad y maternidad (art. 648).
- 3) Medidas provisionales en procesos matrimoniales (arts. 658 a 660).
- 4) Medidas cautelares en procesos civiles sobre guarda, custodia y alimentos de menores (art. 664).
- 5) Medidas cautelares en sede de procesos especiales por razón de la materia, como las de impugnación de acuerdos sociales (art. 509), competencia desleal (art. 519), propiedad industrial (art. 527), propiedad intelectual (art. 534), publicidad (art. 540), pretensión posesoria de suspensión de obra nueva (art. 605), arrendamiento financiero (art. 618.1).
- 6) Regulaciones especiales sobre la administración de fincas hipotecadas (art. 905),

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

2. CARACTERES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

A) Jurisdiccionalidad

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

B) Instrumentalidad

Las medidas cautelares tienen como objetivo «asegurar la efectividad y el cumplimiento de la sentencia» que recaiga en el proceso principal (art. 350.1 del CPC) o, si se prefiere, son conducentes a «asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional pretendida» en el proceso principal (art. 356 del CPC). Como se ve, la tutela cautelar no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal (y a este mismo proceso), cuya efectividad práctica tiende a asegurar⁽⁷⁾.

Del carácter instrumental de las medidas cautelares se deriva el hecho de que solo puedan adoptarse si está pendiente un proceso principal o si va a iniciarse inmediatamente; en este último caso las medidas se adoptan sometidas a condición resolutoria: «caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los diez (10) días de cumplidas» (art. 352 del CPC)⁽⁸⁾. Las notas de provisionalidad, temporalidad y

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

(8) El Código posibilita que las medidas cautelares pueden solicitarse tanto en un momento anterior al inicio del proceso, como al mismo tiempo que se interpone la demanda o una vez que el proceso está ya

variabilidad, que seguidamente examinaremos, no son sino expresiones del carácter instrumental de las medidas.

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

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

b) Temporalidad

Las medidas cautelares tienen una duración limitada en el tiempo. Pese a producir efectos desde el momento en que son concedidas, tienen una duración temporal supeditada a la pendencia del proceso principal. Puede afirmarse, por tanto, que las medidas cautelares nacen para extinguirse como consecuencia de su carácter instrumental y provisional, dado que, en cuanto desaparecen los presupuestos o motivos que llevaron a su adopción, se procederá al alzamiento o extinción de las mismas.

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

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

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

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

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

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

c) Variabilidad

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

Ello no quiere decir que en la tutela cautelar se obvie la autoridad de cosa juzgada material, derivada de la irrevocabilidad del auto firme acordando o denegando las medidas. Lo que sucede es que, cuando la situación inicialmente juzgada ha variado, ya no podemos hablar de firmeza y de cosa juzgada. Los presupuestos de hecho tenidos en cuenta para dictar la resolución cautelar son cambiantes en el tiempo: desaparecen unos y aparecen otros, de manera que, si el fundamento fáctico e histórico que integra la *causa petendi* varía por el transcurso del tiempo, quiebra una de las identidades en que se funda el instituto de la cosa juzgada material (art. 210.3 del CPC) y nos hallaríamos ante una relación material distinta de la ya decidida.

C) Disponibilidad

En el actual sistema procesal civil la vigencia del principio dispositivo (art. 10 del CPC) o de justicia rogada exige que la actividad jurisdiccional cautelar —al igual que las demás modalidades de tutela— se realice a solicitud de parte. En este sentido, el artículo 350.2 del CPC determina categóricamente que «las medidas cautelares se decretarán *siempre a petición de parte*». El carácter dispositivo de las medidas se completa señalando que la legitimación para solicitarlas la tiene la parte actora o el demandado reconviniente (art. 350.1 del CPC), y exigiendo que la solicitud de parte contenga «la precisa determinación de la medida y de su alcance» (art. 380.1 del CPC).

a) Intervención judicial de oficio. Sin embargo, la rotundidad de las anteriores afirmaciones se ve enervada por la normativa del propio Código. En primer lugar, excepciona lo dispuesto respecto de los procesos no dispositivos (art. 350.2), en los que no rige el principio de exclusividad de la justicia rogada para la adopción de medidas, como sucede en los procesos de incapacitación (art. 642.1 y 3), o en el proceso de filiación (art. 649), el juez puede adoptar de oficio; y, en segundo término, prevé toda una serie de facultades de oficio que pueden ser ejercitadas por el juez en el proceso cautelar (arts. 354 y 357).

b) Congruencia. Otra importante cuestión en torno al principio dispositivo son los límites de la congruencia. La congruencia en esta sede tiene algunas singularidades, toda vez que la medida no puede ser más onerosa que la solicitada, pero sí menos gravosa aunque sea diferente de la pedida.

D) Sumariedad

La nota de sumariedad caracteriza también el procedimiento cautelar. Estamos ante un procedimiento sumario, entendiendo este término en un doble sentido: procedimiento en forma abreviada, rápida y procedimiento de cognición limitada.

a) Brevedad procedimental. El procedimiento cautelar necesariamente ha de ser breve, con trámites que eviten maniobras dilatorias de la parte afectada. La función aseguratoria de las medidas cautelares exige rapidez en su adopción; si nos halláramos ante un procedimiento lento, largo y duradero resultaría inútil la adopción de medidas cautelares y perdería su razón de ser la propia existencia de la tutela cautelar. El nuevo Código, como posteriormente se examinará más detenidamente, establece un rápido trámite, tanto para la petición ordinaria con audiencia de parte (art. 384), como en los casos de adopción de medidas *inaudita parte* (art. 383.2) y de la ulterior oposición del demandado (art. 390). Asimismo, la urgencia en la adopción de medidas cautelares también explica que los recursos contra la resolución de las decrete se resuelvan sin efectos suspensivos (art. 385.3).

b) Conocimiento sumario. El objeto del proceso cautelar está limitado. El conocimiento del juez se va a limitar exclusivamente a comprobar si está o no justificada la apariencia de buen derecho y si existe o no el peligro por la mora procesal. El juez va a resolver sobre la «probabilidad» de un derecho, que es la finalidad propia del procedimiento cautelar, y no sobre su «real» existencia, como sucede en el juicio principal.

E) Proporcionalidad

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

Las medidas, dice el Código Procesal Civil, han de ser *necesarias y apropiadas* para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional pretendida (arts. 350 y 356) y se adoptarán siempre que el juez no considere que puede imponer otra menos rigurosa que la solicitada, pero suficiente (art. 354.1). El artículo 357 trata específicamente la proporcionalidad y adecuación de las medidas, facultando al órgano judicial para que ordene todas aquellas medidas que resulten menos onerosas para el demandado según las circunstancias del caso, siempre que sean tan adecuadas para garantizar la pretensión del solicitante como las efectivamente pedidas. Sin embargo, no se podrán ordenar otras medidas cautelares más gravosas que las efectivamente solicitadas.

De lo anterior podemos extraer algunas conclusiones: Desde la perspectiva del solicitante, la medida ha de ser necesaria y adecuada a los fines pretendidos en el caso concreto; esto es, debe haber conexión entre lo pedido y lo que se pretende garantizar. Y, respecto del afectado por la medida, la proporcionalidad exige que la injerencia producida en su patrimonio no sea de tal entidad que acabe por ser inasumible. En suma, la adopción de la medida cautelar requiere un previo juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes, e implica examinar el estado en que se encontraría el sujeto pasivo de la medida tras la ejecución de la misma. Del resultado de tal ponderación puede llegarse a no adoptar la medida solicitada por causar perjuicios irreparables o excesivamente gravosos para el demandado, sustituyéndola por una medida distinta, siempre que cumpla la misma finalidad y sea menos onerosa.

3. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

La clasificación de las medidas cautelares puede atender, entre otros, a los siguientes criterios: sus efectos, su contenido y su tipicidad⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Véase María Pilar ALONSO SAURA, «Clases de medidas cautelares. Criterios para su adopción. Medidas

A) Por sus efectos

Tal y como hemos expuesto anteriormente, las medidas cautelares pueden diferenciarse en atención a sus efectos:

a) Medidas que aseguran la ejecución, de manera que una vez dictada sentencia en el proceso principal pueda procederse a su ejecución. Entre ellas se encuentra el embargo preventivo, la anotación preventiva de la demanda, el depósito judicial de bienes muebles, la formación de inventario de bienes, o la 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, y también la 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. Tal es el caso de la fijación de alimentos provisionales que el juez ha de acordar a cargo del demandado cuando haya sido reclamada judicialmente la filiación.

B) Por su contenido

Junto a la actuación con relación a bienes y derechos del demandado el legislador contempla como medidas cautelares «órdenes o prohibiciones» (art. 355.7), con lo que admite la adopción de medidas cuyo contenido consista en un hacer o en un no hacer; medidas estas últimas, 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, por ejemplo, la cesación temporal de una actividad o la abstención temporal en la realización de una conducta.

C) Por su tipicidad

cautelares sin audiencia previa del demandado», en *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 18/2004, CGPJ, Madrid, págs. 25 y ss.

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

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

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

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

4. FACULTADES DEL TRIBUNAL

El artículo 354 del CPC establece las concretas facultades que se conceden al tribunal que vaya a resolver sobre las medidas cautelares. Se trata de funciones propias e

indelegables del tribunal. Señala dicho artículo que, en todo caso, corresponderá al tribunal:

1. Apreciar la necesidad de la medida, pudiendo disponer una menos rigurosa a la solicitada, aunque no esté tipificada o nominada, si la estimare suficiente.
2. Establecer su alcance.
3. Establecer el término de su duración.
4. Disponer, de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.
5. Exigir la prestación de contra cautela suficiente, salvo los casos exceptuados.

Este precepto mediatiza el principio dispositivo, propio de las medidas cautelares, dado que concede al juez una serie de facultades dentro de su ámbito decisor de gran influencia en la adopción de las medidas solicitadas.

Dada la dicción literal de la norma (*«en todo caso corresponde al tribunal»*), puede sostenerse que este artículo fija unas facultades únicamente judiciales, en las que las partes no tienen ninguna capacidad de influencia vinculante. Naturalmente, serán las partes quienes delimiten, mediante la petición del actor y la oposición del demandado, el objeto del debate, pudiendo efectuar alegaciones sobre cualquiera de las cuestiones a las que se refiere el artículo 354 del CPC. Ahora bien, el juez no quedará estrictamente vinculado por tales peticiones, pues la eficacia del principio dispositivo se limita aquí a la necesidad de que las medidas sean solicitadas por las partes (arts. 350.2), pero no se extiende a vincular al juez sobre su contenido puesto que podrá y deberá decidir con libertad de criterio. Ello implica, por ejemplo, que al decidir sobre las medidas cautelares solicitadas en rebeldía del demandado (véanse los arts. 440 y ss.) o sin su oposición, el tribunal no debe llevar a cabo una automática concesión de la medida en los términos solicitados, sino que deberá apreciar, al socaire de las facultades que le otorga el artículo 354, si se dan los requisitos para la adopción de la medida, así como fijar su alcance, duración y cautela, según su propio criterio.

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.

Las facultades indicadas en el artículo 354 no son las únicas que el tribunal tiene en el procedimiento cautelar. A lo largo del Libro III se encuentran otros preceptos que complementan este régimen de actuación judicial de oficio. En tal sentido, el tribunal tiene facultades para adoptar de oficio una medida diferente de la pedida por el actor, siempre que sea menos gravosa para el demandado (art. 357); examinar de oficio de la

competencia y jurisdicción (art. 381); apreciar la concurrencia de todos los presupuestos procesales para su estimación (art. 385.2); fijar la forma, tiempo y cuantía de la caución que debe prestar el solicitante (art. 385.2); eximir al demandante de prestar caución en los casos del artículo 388.2; y ejecutar de oficio de la medida cautelar (art. 389.1).

Capítulo II. *Presupuestos de las medidas cautelares*

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

1. PELIGRO DE LESIÓN O FRUSTRACIÓN POR MORA PROCESAL

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

A) Peligro: concepto y caracteres

El supuesto del peligro por la mora procesal es el principal reflejo de la finalidad institucional de la tutela cautelar: neutralizar los riesgos que puedan frustrar por completo u obstaculizar gravemente la efectividad de la tutela judicial que se otorgue en la sentencia. El *periculum in mora* –como también es conocido este supuesto– se concibe como el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal; riesgo que puede surgir debido a la inevitable dilación temporal (mora) del *iter* procesal hasta alcanzar la sentencia que conceda aquella tutela, la cual podría llegar demasiado tarde⁽¹⁰⁾.

(10) Véase Víctor FAIRÉN GUILLÉN, «La reforma del proceso cautelar español», en *Temas del ordenamiento*

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

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

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

Por lo demás, no basta justificar simplemente la existencia de posibles dificultades, inconvenientes o trabas a la hora de ejecutar una sentencia estimatoria; es preciso que se justifique su imposible o muy difícil ejecución. Atendiendo a la literalidad del precepto, la adopción de las medidas habría de limitarse a supuestos de claras y palmarias situaciones de peligro.

B) Los riesgos para la efectividad de la tutela

Los riesgos para la efectividad de la tutela pretendida en el proceso de declaración pueden presentar una gran variedad. Doctrinalmente⁽¹¹⁾ se señalan los siguientes:

a) *Riesgos que amenazan la posibilidad práctica de ejecución en sentido genérico*. Se trata de aquellos supuestos en los que el riesgo de insolvencia del demandado puede frustrar la ejecución dineraria, ya proceda esta directamente de una pretensión inicialmente pecuniaria o, indirectamente, de la imposibilidad de ejecutar una obligación específica.

procesal, II, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 901-903.

(11) Véanse Silvia BARONA VILAR, «Las medidas cautelares: introducción», en *Las medidas cautelares*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 27/1993, CGPJ, Madrid, págs. 24-25; y Manuel ORTELLS RAMOS, «Las medidas cautelares», en *Proceso civil práctico*, ob. cit., tomo VIII, págs. 1158-1159.

b) Riesgos que amenazan la posibilidad práctica de una ejecución específica o la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad. Ejemplo de lo primero: si la cosa mueble que ha de entregarse no pudiera ser habida, por no haberse adoptado la correspondiente cautela, habría que proceder a una ejecución dineraria consistente en la compensación pecuniaria, mediante la reparación de los daños y perjuicios, por la falta de entrega de la cosa debida (art. 881.2 del CPC). Ejemplos de una ejecución específica no completamente útil: sin una medida de intervención o de administración judicial, el vencedor en el proceso podría recibir finamente 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.

c) 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 vende el inmueble a un tercero de buena fe que ha inscrito a su favor. O este otro: cuando, después de la sentencia de incapacitación se constituyan la tutela o la curatela, con sus efectos jurídicos de protección de la gestión del patrimonio del incapaz, aquellas instituciones pueden ser prácticamente inefectivas si, durante el proceso de incapacitación, el presunto incapaz ha vaciado su patrimonio.

d) Riesgos de ineffectividad derivada del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia. Son aquellos casos en los que, 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. Por ejemplo, la difusión de una información, en relación con una determinada empresa, que difiere de la realidad; en estos casos, la rectificación tardía va a suponer unas pérdidas al solicitante que no podrán ser salvadas con la simple ejecución de la sentencia.

C) Justificación del peligro y concesión de la medida

a) Justificación del peligro de mora procesal. Para que la medida cautelar se conceda, el solicitante tiene que justificar la concreta probabilidad de peligro para la efectividad de la sentencia. Salvo normas especiales para ciertas medidas (por ejemplo, los supuestos del art. 358.2 para el embargo preventivo), el peligro de mora procesal no se presume ni se vincula a supuestos típicos, 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

pretende contrarrestarse con la anotación preventiva de demanda.

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

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

c) El presupuesto se configura en términos objetivos. El peligro por mora procesal se configura 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, y menos aún que éste tenga intención de causar perjuicio al actor.

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

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

2. APARIENCIA DE BUEN DERECHO

Se dice en el artículo 351.2 del CPC 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»*. Lo que aquí se exige es que el solicitante presente datos, argumentos y justificaciones, documentales o de otra índole, conducentes a que el juez pueda fundar un juicio positivo de que probablemente el resultado del proceso principal será favorable al actor.

A) *Verosimilitud*. La prestación de la tutela cautelar no exige que el actor pruebe fuera de toda duda razonable la existencia del derecho subjetivo por él alegado en el proceso principal, pero tampoco se puede adoptar la medida solo porque el actor la pida. Entre uno y otro extremo, lo que la ley exige es que se acrediten unos indicios de probabilidad, de verosimilitud, de apariencia de buen derecho. Decía CALAMANDREI que, *«en sede cautelar, basta que la existencia del derecho parezca verosímil, esto es, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la resolución principal declarará el derecho en sentido favorable a quien solicita la medida cautelar»*⁽¹²⁾. Este presupuesto viene concebido como una vía intermedia entre la certeza que se establecerá en la resolución final y la incertidumbre inicial propia de cualquier proceso judicial.

Cuando se trata de medidas cautelares anticipatorias, esto es, cuando se solicita una cautela que va a anticipar el pronunciamiento favorable de la sentencia, la apariencia de buen derecho ha de ser especialmente intensa.

(12) Piero CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico...*, ob. cit., págs. 63-64.

B) Medios probatorios. El artículo 280 del Código de Procedimientos Civiles de 1906, para lograr una providencia precautoria, imponía al demandante la necesidad de producir prueba semiplena del derecho reclamado. Por ello, el medio requerido, por regla general, para el acreditamiento de la situación jurídica cautelable solían ser dos testigos contestes (art. 407 del Código de 1906)⁽¹³⁾, aunque el Código Civil rechaza expresamente la prueba testifical para la comprobación de obligaciones que versen sobre cosas cuyo valor exceda de 200 lempiras, exigiéndose documento o principio de prueba por escrito (arts. 1528, 1529 del CC).

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

Se ha establecido el régimen de los medios de acreditamiento de acuerdo con el principio de *normalidad* en esta materia. Es decir: si atendida la pretensión y su fundamento es normal disponer de una justificación documental, la concesión de la medida dependerá de que se aporte esa clase de justificación; en otro caso podrá concederse con base en otros medios de acreditamiento.

3. PRESTACIÓN DE CAUCIÓN POR EL SOLICITANTE

La tutela cautelar conlleva por esencia decidir con inseguridad. La respuesta judicial a la petición de medidas, para ser eficaz, ha de ser rápida y fundada en un juicio provisional de mera apariencia, de simple probabilidad de éxito de la pretensión actora. Es natural que, ante tal estado de cosas, puedan surgir recelos hacia la concesión de aquella tutela. Pues bien, para contrarrestar precisamente estos recelos, se establece un mecanismo de garantía frente a los casos de error en la adopción de las medidas: la caución. La caución sirve para responder, en su caso, de los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionarse al demandado con la adopción de las medidas cautelares si, con posterioridad, se pone de manifiesto que carecían de fundamento.

(13) Ha de señalarse, no obstante, que para constituir prueba semiplena, conforme a lo prevenido en el artículo 407 del Código de Procedimientos Civiles de 1906, bastaría la declaración de un solo testigo. En efecto, la regla 1.ª del citado artículo 407 establece que la declaración de un solo testigo no produce prueba plena; luego, *a contrario sensu*, un solo testigo, si resulta ser imparcial y verídico, produce prueba semiplena. Lo mismo se infiere de la regla 2.ª, en cuanto la declaración de dos testigos contestes y sin tacha constituye prueba plena; luego, basta uno solo para producir prueba semiplena.

El régimen jurídico de la caución se contiene en los artículos 386, 387 y 388 del CPC:

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

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

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

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

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

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

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

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

5. En los demás casos previstos por la ley.

A) Exigencia de prestar caución y sus excepciones

La regla general viene constituida por la necesidad de prestar caución. Se articula como un auténtico presupuesto procesal para la ejecución de la medida. Por una parte, el solicitante deberá ofrecerla por imperativo del artículo 386.1 del CPC, y el juez deberá de fijar la misma en el auto en el que se concedan las medidas cautelares, tal como le impone el artículo 385.2 del CPC. Pero el papel de la caución se refuerza por la previsión del artículo 386.2, de tal manera que las medidas adoptadas no son ejecutivas hasta que se preste la caución, por lo que puede darse la circunstancia de que sea acordada una medida determinada y la misma, a pesar de ser firme, no llegue a ejecutarse porque el solicitante de la medida no preste la caución en la cuantía y forma determinada por el tribunal.

Esta regla general, aplicable a la mayoría de los procesos de medidas cautelares

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

Veamos cuáles son las excepciones expresamente reconocidas en el artículo 388:

a) Quien tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita

La gratuidad de la justicia para los más desfavorecidos económicamente es un imperativo constitucional (tímidamente enunciado en el art. 83 de la CH)⁽¹⁴⁾, derivado del principio de igualdad «real» –no meramente ideal o programática– (art. 60 de la CH) en el derecho de acceso a la justicia (art. 82.2 de la CH). El derecho a la justicia gratuita entronca así con el derecho a la tutela judicial efectiva y también con el derecho de defensa. No cabe decir que existe un derecho a la tutela judicial efectiva si, al mismo tiempo, admitimos que las personas que tienen imposibilidad económica de pagar los gastos que conlleva la justicia dejan de ejercitar por eso la acción procesal; serían personas abandonadas a la más espantosa indefensión⁽¹⁵⁾.

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

Pues bien, en lo concerniente a la tutela cautelar, la exención de prestar caución estaría justificada para evitar que, por motivos económicos, los beneficiarios de la gratuidad de la justicia se vieran impedidos de obtener esta modalidad de tutela, como instrumento que garantice la efectividad de la sentencia que en su día se dicte. Sin

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

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

embargo, eximir, sin más, de la caución a los que tengan reconocido el beneficio de justicia gratuita puede lesionar gravemente los intereses del sujeto pasivo de la medida, en cuanto no hay garantía específica alguna para responder de los eventuales daños y perjuicios que se le irroguen en caso de que la sentencia, finalmente, sea desestimatoria de la demanda, total o parcialmente. Toda vez que la justicia gratuita es un derecho de contenido prestacional a cargo del Estado, lo acertado sería que, en estos casos, fuera también el Estado quien asumiese la responsabilidad indemnizar los daños y perjuicios. En definitiva, al igual que sucede con otros contenidos de la asistencia jurídica gratuita – entre los que ni siquiera se menciona la exención de la que ahora hablamos (art. 93 del CPC)– debería ser el Estado, más concretamente el Poder Judicial, quien asumiera la responsabilidad de resarcir los daños y perjuicios causados al sujeto pasivo de una medida cautelar, adoptada a instancia de quien tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita⁽¹⁶⁾. Tan amparo merece la pretensión de quien solicita que la medida se adopte como la de quien quiera ver garantizada la reparación de los daños que pudiera sufrir.

b) Decisión judicial en caso de desequilibrio entre las capacidades económicas de los litigantes

El juez, bien sea de oficio o a petición de parte, tiene la facultad de eximir de caución al solicitante cuando aprecie un profundo desequilibrio entre su capacidad económica y la del demandado frente al que se pide la medida, por ser la del solicitante «sensiblemente inferior».

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

Para decidir de manera razonada y ponderada sobre la aplicación de esta facultad, tal como expresamente se indica en el artículo 388.2, *in fine*, el juez deberá valorar equilibradamente los intereses en juego, las consecuencias que la medida puede suponer tanto para el demandado como para el demandante, el tipo de medida solicitada, los

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

posibles perjuicios, la claridad de los otros dos presupuestos (en especial la apariencia de buen derecho), así como las circunstancias económicas de los litigantes, de tal manera que no todo desequilibrio dará lugar automáticamente esta exención de caución.

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

El artículo 575 del CPC establece una modalidad específica derivada de la genérica exención por desequilibrio económico del artículo 388.2 del nuevo Código. Se trata de una clase de procesos (relativos a la protección de los consumidores o del medio ambiente) en los que, el manifiesto desequilibrio económico entre las partes y, singularmente, la repercusión social de los intereses afectados, han llevado al legislador a llamar la atención del juez para que sea especialmente sensible en estos casos y puede llegar a adoptar las medidas sin exigir caución.

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

d) El Estado

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

Además, el Estado defiende el interés público en su actuación procesal; por ello es lógico pensar que no solicite la tutela cautelar con finalidad espuria, desviada de su función (por ejemplo, como medio de presión o con carácter coactivo) ni tampoco que lo haga en términos desproporcionados, con desmesura. Pero estas consideraciones no justifican por sí mismas la exención de caución, sino, a lo sumo, la presumible idoneidad y

adecuación de la medida solicitada. Es más, aunque la petición de medidas cautelares por el Estado esté exenta de garantías adicionales, no por ello será siempre acordada por el juez, quien habrá de valorar en todo caso la necesidad, alcance y duración de la medida (art. 354 del CPC), pudiendo, por supuesto, denegarla.

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

e) Litigante que haya obtenido una sentencia favorable

La aplicación de este supuesto queda restringida a la solicitud de medidas cautelares en segunda instancia o en el recurso extraordinario de casación, y siempre en relación con una sentencia favorable en primera instancia o bien en apelación. Eximir de prestar caución en estos casos es una previsión adecuada y razonable, toda vez que la apariencia de buen derecho se fortalece sin la menor duda cuando la pretensión actora ha sido reconocida judicialmente en sentencia, aunque aún no sea firme. Con todo, su efectividad práctica es muy limitada, pues quien haya obtenido sentencia definitiva a su favor puede solicitar la ejecución provisional, también generalmente sin prestar garantía o caución alguna (art. 773.1 del CPC)⁽¹⁷⁾.

B) Ofrecimiento y prestación de la caución

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

⁽¹⁷⁾ La regla general del artículo 773.1 del CPC es que el solicitante de la ejecución provisional no viene obligado a prestar garantía o caución para asegurar los eventuales perjuicios irrogados al ejecutado en caso de revocación de la sentencia. Pero también establece una excepción a esta regla facultando al juez para que ordene al solicitante la prestación de dicha garantía o caución, previamente a la admisión de la solicitud, «a la vista de las circunstancias del caso y atendida la capacidad económica del solicitante». Así pues, frente a la exención de caución –en todo caso– cuando se soliciten medidas cautelares tras la obtención de una sentencia favorable, la exención de caución solo es una regla general si se pide la ejecución provisional de la sentencia.

señalada es un presupuesto de la ejecución de la medida acordada (art. 386.2 y 389.1).

a) Ofrecimiento de prestar caución

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

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

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

1) *Omisión del ofrecimiento de la caución.* En este primer caso, las soluciones apuntadas por la doctrina son bien distintas. ORTELLS⁽¹⁸⁾ sostiene que la medida solicitada debería desestimarse «de plano» (*a limine*), sin posibilidad de subsanación. El tribunal no puede suplir la falta de ofrecimiento y fijar de oficio la caución si ésta no ha sido en absoluto ofrecida⁽¹⁹⁾. Debe tenerse presente, en apoyo de esta tesis, que el principio de sanación de los actos procesales de las partes requiere, siempre, que en dichos actos se hubiese manifestado de algún modo la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley (art. 20 del CPC); y, cuando el demandante no ofrece en absoluto caución, tampoco muestra en modo alguno su voluntad de cumplir este presupuesto, de manera que, como ya se dijo, bien podría considerarse un defecto

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

(19) No debe confundirse con la facultad del tribunal establecida en el artículo 354.5 del CPC, consistente en «exigir la prestación de contra cautela suficiente, salvo los casos exceptuados». El tribunal no puede de oficio fijar la caución, pero sí puede exigir de oficio la caución una vez fijada.

insubsanable.

En sentido contrario se pronuncia BARONA VILAR⁽²⁰⁾, quien considera que el ofrecimiento de la caución es un simple requisito de la solicitud y no un presupuesto al que esté condicionada la procedencia de la tutela cautelar. Así es, precisamente, como lo ha configurado el legislador hondureño: el ofrecimiento de la caución se encuentra entre los requisitos de la solicitud (arts. 380.3 y 386.1), pero no entre los presupuestos para decretar las medidas (art. 351). Por ello, sostiene la citada autora que omitir el ofrecimiento de la caución puede dar lugar a la inadmisibilidad de la demanda cautelar, pero previa oportunidad de subsanación. De seguir este planteamiento habrá de aplicarse, por analogía, lo dispuesto para la subsanación de la demanda en el artículo 426, numerales 3 y 4 (si el proceso principal es un ordinario), o en el artículo 587 (si el proceso principal es un abreviado). Esto es: el juez comunicará al demandante, por una sola vez, la omisión advertida (no haber ofrecido caución, especificando el tipo de la misma y la cuantía que se propone) y le requerirá para que proceda a completar su solicitud en el plazo que fije al efecto, que no podrá ser superior a diez días (si se trata de un proceso ordinario: art. 426.3) ni a cinco (si estamos ante un proceso abreviado: art. 587.1). Si el defecto no se subsana en plazo, procederá inadmitir la solicitud de medidas, ordenando el archivo del procedimiento y la devolución de la documentación anexa. La no subsanación del defecto en el plazo conferido, convierte aquél en firme e insubsanable (STC 41/1992); se excluye así «una reiteración o cadena de subsanaciones sucesivas, que podría significar el ampliar *ad infinitum* las posibilidades de subsanación» (STC 25/1991).

2) *Ofrecimiento de la caución de forma genérica*. La segunda posibilidad es que la caución se haya ofrecido, pero de forma genérica, sin precisar ni su clase ni su cuantía. Estaríamos entonces, sin duda, ante una falta o irregularidad formal y subsanable. Sería un error rechazar «de plano» la medida cautelar solicitada, por el mero hecho de no haber concretado la caución. En estos casos sí es de plena aplicación el principio de sanación de los actos procesales, toda vez que consta inequívocamente la voluntad del solicitante de cumplir los requisitos exigidos por la ley (art. 20 del CPC). Inadmitir la medida cautelar por este simple defecto formal sería desproporcionado y contrario a la tutela judicial efectiva (art. 1 del CPC).

La solución en estos casos es requerir al solicitante para que subsane el defecto (art. 20 y, por analogía, los arts. 426.3 y 587.1 del CPC). De no hacerlo en el plazo que se le otorgue (máximo de 10 o 5 días, según que el proceso principal sea un ordinario o un abreviado) o, incluso, en la propia audiencia sobre las medidas cautelares, el

⁽²⁰⁾ Silvia BARONA VILAR, «De las medidas cautelares», en *El Proceso Civil*, varios autores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, vol. VII, pág. 6042.

tratamiento adecuado consistirá en entender que, sea cual fuere la clase y cuantía de la caución fijada por el juez, el solicitante carece de gravamen para recurrir el auto correspondiente ya que no puede entenderse que el pronunciamiento le afecte desfavorablemente (art. 690) en cuanto dejó la concreción a juicio del tribunal⁽²¹⁾. Sin embargo, también hay quienes, aplicando un criterio mucho más estricto, consideran que la no subsanación del defecto supone la desestimación de la medida solicitada⁽²²⁾.

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

b) Prestación de la caución

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

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

(22) Así, por ejemplo, el auto 33/2003, de 27 de marzo, de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5.ª), analiza un caso en el que el solicitante de la tutela cautelar se limitó a manifestar «por cuyos motivos y ponderados convenientemente se ofrece la caución que se fije, por el juzgador, interesando la moderación de la misma a la vista de las circunstancias concurrentes y acreditadas documentalmente», sin mencionar de qué tipo o tipos se ofrecía constituir la caución, ni tampoco cuantificar el importe que se proponía para la misma, ni mucho menos justificar lo adecuado de esa cuantía. Tras señalar que dichas carencias no fueron subsanadas en el acto de la vista, el tribunal balear confirmó la denegación de la medida cautelar, indicando que «para que el órgano jurisdiccional pueda fijar la caución que incumbe prestar al instante de las medidas cautelares es necesario que, respetando el principio de contradicción, cada una de las partes se pronuncie con precisión acerca de esos extremos, configurando entre ambas el marco en el que ha de insertarse la resolución judicial».

del plazo es la preclusión de la posibilidad de prestarla (art. 126), debiendo dictarse resolución acordando dejar sin efecto las medidas adoptadas.

C) Cantidad y calidad de la caución

La delimitación de la caución con la solicitud inicial no vincula al juez, quien la fijará, tanto en su cuantía como en su modalidad, atendiendo a que sea suficiente para hacer frente de manera rápida y efectiva a los eventuales daños y perjuicios que puedan ocasionarse en el patrimonio del deudor.

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

El Código Procesal Civil establece que la caución ofrecida por el solicitante de la medida ha de ser *suficiente* para responder de los daños y perjuicios que la cautela pudiera producir en el patrimonio del demandado, así como de las costas del incidente (art. 386.1). De *suficiencia* habla también el artículo 354.5. Y el artículo 387.2 determina que la caución se acordará siempre respetando la *proporcionalidad* en relación con la capacidad económica del solicitante. La cuantía de la caución se determinará por el tribunal conforme a dos parámetros: *suficiencia* respecto de lo que es objeto de garantía y *proporcionalidad* respecto de la capacidad económica del solicitante.

1) *Daños y perjuicios que pudieran producirse en el patrimonio del sujeto pasivo de la medida.* El primer criterio que debe determinar la cuantía de la caución es el de garantizar la indemnidad del demandado por la adopción de la medida. Los daños y perjuicios previsibles en el patrimonio del demandado están en función del contenido y efectos de la concreta medida decretada. Por ejemplo, la medida de intervención de una empresa (arts. 371 a 373 del CPC) es menos lesiva o potencialmente menos dañina para el sujeto pasivo que la administración judicial (arts. 374 a 376 del CPC), toda vez que en la primera mantiene la administración de la empresa, aunque controlada por un interventor judicial, mientras que en esta última pierde por completo dicha administración.

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

2) *La capacidad económica del solicitante de las medidas.* Otro de los criterios indicados por el legislador para fijar la cuantía de la caución es su proporcionalidad con la capacidad económica del solicitante (art. 387.2 del CPC). En el difícil equilibrio de los pesos y contrapesos utilizados para proteger los intereses del demandado y, al mismo tiempo, adecuar la caución a las posibilidades económicas de la parte demandante, resulta

imposible encontrar una solución general y válida para todos los supuestos, por lo que habrá que atender al caso particular que se examine.

Sí que podemos señalar que la capacidad económica del solicitante no es, por sí misma, determinante para fijar la caución y, desde luego, no lo es con más intensidad que la valoración del perjuicio. Una caución escasa o simplemente simbólica (ajustada exclusivamente a la escasa capacidad económica del solicitante de la medida) no cumple su finalidad puesto que no garantiza la indemnización del demandado en caso de ser desestimada la medida cautelar (en cuanto al pago de las costas causadas en el incidente) o bien al no prosperar la pretensión principal (en relación a los perjuicios derivados del mantenimiento de la medida). Pero también hay que tener en cuenta que una caución excesiva puede hacer absolutamente ineficaz la medida acordada, frustrando de esta manera el fin pretendido por la tutela cautelar.

b) La calidad de la caución

La caución puede prestarse en dinero en efectivo, cheque certificado, cheque de gerencia o de caja, garantía bancaria o de instituciones financieras (art. 387.1 del CPC). El legislador ha evitado utilizar fórmulas abiertas, ni siquiera como cláusula de cierre de un listado previo de cauciones admisibles (como, por ejemplo, remitiéndose a cualquier otra modalidad de caución que a juicio del tribunal fuera adecuada al caso). Por el contrario, ha establecido un catálogo cerrado (*numerus clausus*) de posibles tipos de caución. Ofrecida la garantía en alguna de las clases legalmente previstas, el juez no puede rechazarla en atención a su calidad, siempre que se pueda considerar suficiente en su cuantía y cumpla con las previsiones del auto en el que se acuerde la medida.

Capítulo III. *Los sujetos del procedimiento cautelar*

1. EL ÓRGANO JUDICIAL

A) Competencia objetiva y funcional

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

B) Competencia en casos especiales

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

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

b) Procesos arbitrales o judiciales extranjeros. En los litigios extranjeros también es posible, aunque con restricciones, la adopción de medidas cautelares por los tribunales hondureños. Ello se debe a la norma de competencia judicial internacional incorporada por el artículo 381.2, en su último inciso, del CPC. Se trata de una excepcional intervención de los tribunales nacionales en un aspecto incidental (adopción de medidas cautelares) respecto de procesos arbitrales y judiciales que están pendientes fuera de nuestras fronteras, ante tribunales extranjeros. En esta materia es de aplicación prioritaria lo dispuesto en los tratados o convenios aplicables. Hay que estar, por tanto, a los que formen parte del derecho interno conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución⁽²³⁾; no podía ser de otro modo a la vista de que el artículo 18 de la Constitución establece claramente que, «en caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley, prevalecerá el primero». De no existir norma internacional aplicable, la competencia de los órganos judiciales hondureños para acordar sobre la tutela cautelar se determina igual que en los procesos arbitrales: son fueros concurrentes, de carácter alternativo, el del lugar donde se deba ejecutar la sentencia extranjera (arbitral o judicial), o bien, donde deban surtir efecto las medidas (art. 381.2). Pero, en estos casos, el objeto del proceso cautelar sufre una restricción lógica por la territorialidad de la jurisdicción: las únicas medidas que podrán adoptar los órganos jurisdiccionales hondureños lo serán «respecto de bienes situados o actos que se estén realizando en Honduras» (art. 353.2).

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

C) Tratamiento procesal de la competencia

a) Apreciación de oficio

El Código Procesal Civil señala, con carácter general, que *«el tribunal examinará de oficio su jurisdicción y competencia para conocer de la solicitud de medidas*

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

cautelares, rechazando de plano su intervención si considera que carece de ellas, y remitiendo al solicitante al tribunal competente» (art. 382.1). En consecuencia, el tribunal ante el que se solicite la medida cautelar deberá examinar de oficio su propia jurisdicción (art. 25) y también su competencia objetiva (art. 31), funcional (art. 33) e incluso territorial cuando el fuero sea imperativo (véanse los fueros legales del art. 36 y la indisponibilidad en estos casos de la competencia territorial establecida en el art. 41.1).

Podemos distinguir:

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

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

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

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

En todo caso, al rechazar el tribunal su competencia, tiene la obligación de indicar al solicitante cuál es el tribunal competente (art. 382.1, último inciso). La ausencia de esta indicación puede salvarse, sin necesidad de acudir a la interposición de

ningún recurso, mediante la «aclaración y corrección de resoluciones» (art. 204) o a través de la «subsanción de resoluciones defectuosas» (art. 205), bien de oficio por el propio juez o a instancia de parte.

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

b) Momento hasta el que puede apreciarse la incompetencia

No queda expresamente resuelto el momento hasta el cual el órgano judicial puede apreciar su falta de jurisdicción o competencia, aunque de la dicción del artículo 382.2 se infiere fácilmente que puede hacerlo incluso después de acordada la medida: *«la medida ordenada por un tribunal incompetente será válida si se cumplen los demás requisitos legales, pero no se prorrogará la competencia, debiendo remitirse las actuaciones al tribunal competente en cuanto sea requerido o se ponga de manifiesto la incompetencia»*.

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

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

Las medidas adoptadas por órgano incompetente serán válidas (art. 382.2). La declaración de incompetencia o falta de jurisdicción no conlleva la nulidad de actuaciones con retroacción del procedimiento, sino tan solo su remisión al órgano competente para que prosiga su tramitación con arreglo a Derecho. Quiere ello decir que

no podrán aquí hacerse valer los motivos de nulidad previstos en el artículo 212, apartados 1 y 2 (cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción, o de competencia objetiva, funcional o territorial cuando esta última venga fijada imperativamente). Únicamente será posible declarar la nulidad de las medidas cautelares adoptadas por juez incompetente o falto de jurisdicción cuando las mismas no cumplan con el resto de las exigencias legales; nulidad que habrá de plantearse ante el tribunal que haya recibido las actuaciones posteriormente y ante el que se deberían haber solicitado las medidas cautelares.

2. LAS PARTES

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

A) Legitimación

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

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

B) Intervención de terceros en las actuaciones cautelares

La intervención de terceros en las actuaciones cautelares tiene múltiples facetas de las que el Código no se ocupa específicamente en el Libro III; habrá que acudir, por tanto, a las normas generales reguladoras de la intervención de terceros en el proceso,

adecuándolas en lo posible al alcance y contenido de la tutela cautelar.

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

a) *Intervención de terceros con interés directo y legítimo en la decisión de fondo.* El Código menciona exclusivamente al demandante y del demandado reconviniente (también llamado actor reconvenional) a la hora de señalar las personas legitimadas para solicitar la tutela cautelar (art. 350.1); ello podría hacernos dudar, inicialmente, sobre la legitimación de un tercero admitido a intervenir en el proceso, por tener interés directo en la decisión de fondo (art. 77), para formular una solicitud de medidas cautelares⁽²⁴⁾. En mi opinión, las posibilidades que, de acuerdo con el artículo 77 del Código, forman parte del estatuto procesal del interviniente, obligan a admitir su legitimación también para solicitar cautelas en garantía de la pretensión actora o reconvenional, toda vez que es considerado «parte a todos los efectos» y «podrá defender las pretensiones formuladas por la parte en cuya posición ingrese» (art. 77.3).

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

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

(24) El artículo 77 del CPC permite que, en un proceso pendiente, pueda admitirse como demandante o demandado a quien acredite tener interés directo y legítimo en la decisión de fondo que se pueda adoptar. Un ejemplo podría ser el del promotor o constructor de una urbanización que es demandado por usurpación, en cuyo caso los compradores de las viviendas tendrían un innegable interés en ser parte en el pleito.

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

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

b) La tercería de dominio en el embargo preventivo

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

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

Si bien se mira, la única diferencia entre el embargo preventivo y el ejecutivo es que, en este último, se procede seguidamente a la realización forzosa del bien mientras que en el primero se mantiene la traba sin entrar en el procedimiento de apremio. Pero ello no justifica, en absoluto, que no proceda el levantamiento de la traba que, en uno u otro caso, pueda resultar errónea. Aunque la afección del bien mediante un embargo preventivo no suponga su inmediato destino a la realización forzosa, sí que origina, para el verdadero titular del bien –frente al cual no haya sido decretado el embargo–,

perjuicios actuales (como dificultades para encontrar comprador) y riesgos futuros que justifican el establecimiento de un medio defensivo para anular la afección. Al fin y al cabo, el embargo (sea preventivo o ejecutivo) tiene como finalidad última la realización del bien y la satisfacción del actor o ejecutante⁽²⁵⁾.

C) Postulación

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

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

2. Tampoco es preceptiva la postulación por profesionales si se solicitan medidas urgentes previas a la demanda (*ante causam*). El artículo 80 del CPC dispensa la intervención de estos profesionales y autoriza a las partes a pedir directamente por sí mismas ante el tribunal «la adopción de medidas urgentes de protección de sus derechos e intereses legítimos, previamente a la interposición de la demanda» (arts. 352 y 383.2 del CPC). Esta exención afecta exclusivamente al acto inicial del procedimiento cautelar, esto es, a la solicitud, pero no a los actos ulteriores, los cuales sí requieren postulación técnica. Así ha de entenderse a partir de la cláusula general del artículo 79.1 del CPC, exigiendo la postulación profesional salvo que la ley disponga lo contrario (y la excepción legal del artículo 80 lo es solo para la adopción de medidas urgentes de protección y no para el resto del procedimiento). Y así viene expresamente previsto para las medidas provisionales previas a la demanda (conocidas también como medidas provisionálísimas), en los procesos matrimoniales (art. 658.2 del CPC)⁽²⁶⁾.

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

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

Capítulo IV. *Desarrollo del procedimiento cautelar*

1. SOLICITUD DE LA MEDIDA CAUTELAR

A) Instancia de parte

El principio dispositivo (art. 10 del CPC), también conocido doctrinalmente como principio de demanda, rige como regla general en el proceso civil; y la tutela cautelar no es una excepción a dicha regla. Por ello, la petición de parte es requisito imprescindible para que se ponga en marcha el procedimiento cautelar (art. 350.2 del CPC); requisito extensible a las medidas cautelares reguladas fuera del Libro III, como es el caso de los procesos de impugnación de los acuerdos sociales (art. 509), procesos en materia de competencia desleal (art. 519), procesos para la protección de la propiedad industrial e intelectual (arts. 527 y 534, respectivamente), o procesos relativos a publicidad (art. 540). La excepción a esta regla general la encontramos, como el propio Código indica, en algunos procesos no dispositivos⁽²⁷⁾. Tal es el caso de las medidas de los procesos sobre incapacitación de las personas (art. 642.1 y 3 del CPC) y sobre filiación (art. 648 del CPC), en los que el régimen de adopción de las medidas cautelares responde a otros principios, como el de posibilidad de adopción de oficio, lo que determina que se regule específicamente esta circunstancia.

La solicitud previa de parte sirve también para determinar los límites de la necesaria congruencia entre el contenido de la petición de tutela cautelar y la resolución que se pronuncie sobre ella. La congruencia impide que el tribunal pueda extralimitarse en perjuicio del demandado y, por ello, el Código prohíbe tajantemente ordenar medidas

posterior».

(27) En el proceso civil, por lo general, se tutelan derechos e intereses subjetivos, sometidos a la autonomía de la voluntad. Estos derechos son totalmente disponibles por su titular: él es el dueño del derecho material y, consecuentemente, en caso de conflicto, puede impetrar la tutela jurisdiccional o solucionarlo fuera del proceso, acudiendo a fórmulas autocompositivas o al arbitraje. Esta regla no vale para los denominados procesos civiles «inquisitorios» o «no dispositivos», en que los derechos en juego no están sometidos a la autonomía de la voluntad de los particulares, sino a normas de derecho necesario o de *ius cogens*, indisponibles para las partes. Estos últimos son regulados por el Código Procesal Civil en su Título IV, Libro IV (arts. 628 a 675), relativos a los procesos de incapacitación y prodigalidad, sobre filiación, paternidad y maternidad, los procesos de familia (separación, divorcio, nulidad y adopción) y los de alimentos.

cautelares más gravosas que las efectivamente solicitadas, aunque autoriza todas aquellas que sean menos onerosas para el demandado (art. 357 del CPC). El límite de la congruencia queda así definido por la onerosidad de la cautela pretendida, sin que exista objeción alguna para que se adopten medidas diferentes si son menos gravosas y perjudiciales que las solicitadas. En esta línea, el artículo 354.1 establece, como una de las facultades del tribunal, la de «apreciar la necesidad de la medida, pudiendo disponer una menos rigurosa a la solicitada, aunque no esté tipificada o nominada, si la estimare suficiente».

B) Requisitos y contenido de la solicitud

La solicitud se ha de realizar necesariamente por escrito (art. 380 del CPC), siendo improcedente y debiendo rechazarse de plano cualquier posible petición oral de las medidas cautelares. El contenido general de toda petición cautelar se recoge en el artículo 380.1 del CPC, y viene referido a la precisa determinación de la medida y su alcance, a la alegación y justificación de los presupuestos, y al ofrecimiento de la caución. Pero el Código contempla también algunos supuestos especiales, sometidos a requisitos o condiciones añadidas, como sucede, por ejemplo, con la medidas cautelares en materia de propiedad industrial, para cuya adopción se exige «justificar la explotación industrial del derecho objeto de la pretensión o el desarrollo de unos preparativos serios y efectivos a tales efectos» (art. 527). Finalmente, la solicitud habrá de completarse con otros aspectos formales de los previstos en el artículo 424 para la demanda como son, por ejemplo, el tribunal al que se dirige, o los datos identificativos del solicitante y del sujeto afectado por la medida. Además, para algunos supuestos especiales

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

Es requisito de cualquier demanda expresar con claridad y concreción lo que se pide [art. 424.2.g) del CPC]. La solicitud de medidas cautelares no podía ser menos y el Código exige que la medida y su alcance se determinen de forma precisa (art. 380.1). Quiere ello decir que, para admitir a trámite la solicitud de tutela cautelar, se requiere que se enuncie e identifique la medida y que se fije su contenido, régimen, duración, etc. Es necesario, por tanto, que se formule una petición de medida concreta y determinada, bien sea eligiendo entre las específicamente previstas o diseñando otra diferente adecuada al caso.

Se atiende así a dos finalidades: por un lado, mediante la precisión de la medida y su alcance, se establece el término comparativo para fijar la congruencia judicial, toda vez que el tribunal nunca podrá ordenar medidas cautelares más gravosas que las solicitadas (art. 357 del CPC); por otra parte, ello es indispensable para que el

demandado pueda oponerse a la medida sin padecer indefensión. Una solicitud de medidas cautelares que adolezca de inconcreción (como, por ejemplo, la que pide que el juez adopte las que considere procedentes a la vista de los fundamentos que se alegan), debería ser inadmitida por defecto legal, consistente en falta de claridad y precisión en la determinación de la petición (causa análoga a la prevista en el art. 426.2 para declarar inadmisibile la demanda).

La concreción de la medida y su alcance puede hacerse de alguno de estos modos:

1) Eligiendo una de las medidas previstas en el artículo 355 y, en su caso, en las leyes a que se remite el último inciso del artículo 356. Será necesario también, según la medida de que se trate, indicar la cantidad de dinero que ha de garantizar el embargo preventivo; identificar el bien o bienes sobre los que ha de recaer el secuestro, la intervención o administración judiciales, o las anotaciones registrales; o, sin ánimo exhaustivo, especificar la actuación respecto de la que se pide su cese o su continuidad.

2) Diseñando una medida cautelar atípica, es decir, de las llamadas innominadas, que responda a las características del artículo 356, precisando igualmente el régimen que ha de estar sometida.

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

b) Justificación cumplida de los presupuestos

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

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

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

En efecto, la apariencia de buen derecho requiere exponer la situación jurídica que conforma la pretensión principal y argumentar sobre su probable fundamento. Ello solo será necesario en caso de pedir la tutela cautelar *ante litem*, esto es, antes de presentar la demanda. Si ésta ya ha sido formulada, bastará una remisión a la misma. Por su parte, el peligro de frustración por demora requiere la exposición de los hechos y circunstancias que mediante una explicación lógica y racional determinan ese peligro; no basta, pues, con afirmarlo de manera inconcreta (diciendo, por ejemplo, que el solicitante tiene motivos racionales para creer que el deudor tratará de ocultar o enajenar sus bienes en perjuicio de sus acreedores), pues en ese caso, la necesaria alegación y argumentación sobre el peligro por mora procesal se sustituiría por la apreciación subjetiva e inmotivada del actor. Como consecuencia inmediata de esta irregularidad, el afectado se vería impedido de defenderse adecuadamente, el juez no podría determinar la existencia de este presupuesto y se obstaculizaría la prueba en la audiencia previa a la resolución (art. 384) o en la audiencia para decidir sobre la oposición (art. 392), al faltar afirmaciones fácticas a las que referirla⁽²⁸⁾.

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

(28) Puede verse Santiago AGUILAR CANOSA, «Necesidad de determinar los hechos en que pueda basarse la presunción de malbaratamiento u ocultación al solicitar el embargo preventivo», en *Revista General de Derecho*, 1959, núm. 177, págs. 519-525. En concreto, en la pág. 523, señala este autor que «no basta realizar una simple invocación que se tiene temor de que se ocultarán o malbaratarán los bienes, sino que dicho temor debe ser racional. Y ello equivale, según la acepción castellana del vocablo, a que sea un temor razonado. Para que tal exista es preciso que en la solicitud de embargo se expliquen las causas, los hechos o las circunstancias en que se basa el temor, para que el juez pueda —con libertad de criterio— aceptar aquellos motivos, siempre razonadamente. Sin antecedentes no puede haber ni raciocinio ni valoración del temor, y, por tanto, no puede ser nunca calificado de racional».

solicitud se acompañarán los documentos que la funden y en ella se propondrán los demás medios de prueba. Esta regla tiene su razón de ser en el derecho de defensa del demandado, que debe conocer antes de la comparecencia los medios de prueba de que intente valerse su adversario para poder refutarlos⁽²⁹⁾.

Es verdad, como señala acertadamente LARROSA AMANTE⁽³⁰⁾, que en el derecho hondureño falta una norma expresa que prohíba, como ocurre en el artículo 732.2.III de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, proponer prueba por parte del solicitante con posterioridad a la solicitud de las medidas. Pero no estoy de acuerdo con la conclusión que de ello infiere, pues entiende que «el solicitante podrá proponer la prueba que considere oportuna en el acto de la audiencia que debe de celebrarse por imperativo del artículo 384.2 del CPC, en el que se señala que las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba consideren necesarios», aunque seguidamente excluye la documental: «lo que no es posible es aportar documentos diferentes en la audiencia, pues en este caso el artículo 380.2 del CPC sí es claro e imperativo al imponer al solicitante de la medida la obligación de aportar los documentos que funden la solicitud y la acreditación de los presupuestos procesales de las medidas solicitadas». Y, finalmente, justifica esta excepción porque «no es aceptable la reserva de dichos documentos fundamentales para su aportación en la audiencia, pues ello vulneraría el derecho de defensa del demandado, que debe conocer antes de la audiencia las bases de la petición contraria, al objeto de poder proponer los medios de prueba correspondientes. Por tanto la facultad de pedir otros medios de prueba para el solicitante de la medida deberá entenderse limitada a otros medios de prueba diferentes de las documental [...]».

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

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

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

para acreditar los presupuestos de las medidas. En realidad, el artículo 380.2 no establece distinto tratamiento para los documentos y para el resto de pruebas. Además, tan vulnerante del derecho de defensa del demandado es desconocer antes de la audiencia la prueba documental como los demás medios de prueba de los que quiera valerse el solicitante. El Código exige «juego limpio» y no sorpresas de última hora.

Por lo demás, cuando el artículo 384.2 del CPC dispone que, en la audiencia sobre las medidas, las partes «podrán servirse de cuantos medios de prueba consideren convenientes», no está reconociendo que el solicitante pueda proponer prueba en esa audiencia⁽³¹⁾. Lo que estos términos significan es, sencillamente, que el legislador no ha limitado los medios de prueba; cualquiera de los previstos en el artículo 251 –y no solo las pruebas documentales– son, en principio, admisibles siempre que sean pertinentes, procedente y útiles (art. 236). Debe tenerse presente que el citado artículo 384.2 no habla de «proposición de prueba» sino de «servirse de cuantos medios de prueba», y esta referencia ha de ponerse en relación con la actuación previa de cada una de las partes: el solicitante pudo y debió proponer prueba en el escrito de solicitud, mientras que para el demandado, esta audiencia es el primer momento en que puede proponer los medios de prueba que considere oportunos, tanto documentales como de otro tipo. Por consiguiente, del solicitante de las medidas no debe admitirse una sorpresiva proposición de prueba en este momento; de lo contrario se vaciaría de contenido el mandato imperativo del artículo 380.2.

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

c) Ofrecimiento de prestar una concreta caución

Los artículos 380.3 y 386 del CPC disponen que el solicitante deberá ofrecer caución para la adopción de la medida, especificando el tipo de la misma y la cuantía

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

que propone. Esto permite que el afectado por la medida pueda ejercitar eficazmente la contradicción frente al ofrecimiento de la caución (art. 384.2) o frente a su fijación *inaudita parte* (art. 390), y que el tribunal pueda resolver sobre este presupuesto de ejecución de la medida con conocimiento de causa (arts. 385.2 y 387.2).

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

2. MOMENTO PARA INSTAR LA PETICIÓN DE MEDIDAS

El artículo 352 del CPC permite que las medidas cautelares se pueden solicitar y adoptar «en cualquier estado del proceso, e incluso antes de haberse iniciado». Así pues, la solicitud podrá formularse antes de la demanda principal, conjuntamente con ella, después de su presentación y, también, durante la tramitación de un recurso. Lo normal u ordinario será que se soliciten con la misma demanda, con arreglo a los requisitos generales del artículo 380 del CPC. La petición anterior a la demanda tiene un indudable carácter excepcional y, por ello, se somete a requisitos o condiciones añadidas.

Cuando las medidas se instan antes de la demanda, es necesario que concurran y se justifiquen razones de urgencia o necesidad. El artículo 352 nada dice al respecto; sin embargo, no se entendería nada bien que un proceso instrumental, como el cautelar, se incoase con anterioridad al proceso principal si el peligro por mora procesal no fuera especialmente significativo antes de presentar la demanda⁽³²⁾. En tales supuestos lo habitual será que se solicite la medida sin audiencia de la parte contraria (*inaudita parte*), en cuyo caso sí se prevé expresamente la exigencia de justificar razones de urgencia (art. 383.2 del CPC).

La vigencia de estas medidas *ante litem* viene supeditada a que se presente la demanda a los diez días de cumplidas; de lo contrario, el juez declarará su caducidad y condenará al peticionario al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados al afectado por la medida (art. 352 del CPC).

A) Medidas cautelares previas a la demanda

⁽³²⁾ Un argumento añadido es que el artículo 80 del CPC, que autoriza la postulación directa de las partes ante el juez o tribunal, relaciona la petición de *medidas previas* a la interposición de la demanda con el *carácter urgente* de la protección de los derechos o intereses en juego.

a) Ámbito

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

Como excepción al principio general anteriormente expuesto, existen cautelas que por su naturaleza no pueden ser solicitadas *ex ante*, como ocurre con las anotaciones preventivas de demanda ya que la admisión de la demanda constituye un requisito esencial para que pueda acordarse la cautela. Tampoco pueden ser admitidas otras que por expresa disposición legal deban necesariamente instarse con la presentación de demanda o con posterioridad a la misma (p. ej., las medidas cautelares en apoyo de un proceso arbitral nacional, o las solicitadas para procesos arbitrales o judiciales extranjeros: art. 353 del CPC).

b) Requisitos

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

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

c) Procedimiento

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

d) Vigencia y alzamiento de estas medidas

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

Toda vez que el inicio del plazo para presentar la demanda comienza a computarse a partir del cumplimiento de la medida (art. 352 del CPC); y, a su vez, el cumplimiento de la medida depende de que el solicitante preste la caución fijada (art. 386.2 y 389.1 del CPC), podría pensarse que el inicio del plazo queda a merced del solicitante. Sin embargo, el tiempo en que ha de prestarse la caución debe ser fijado por el juez en el mismo auto en el que acuerda la medida (art. 385.2 del CPC) y, si el solicitante no cumple en plazo, precluye la posibilidad de prestar caución en un momento ulterior (art. 126 del CPC), debiendo el juez dictar de oficio resolución dejando sin efecto las medidas acordadas.

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

b) *Alzamiento*. Finalizado el plazo preclusivo de diez días sin que se hubiere interpuesto la demanda, la medida adoptada queda *ex lege* sin efecto yalzada («caducarán de pleno derecho», señala el artículo 352). Por consiguiente, el tribunal, por mor del principio de impulso de oficio de las actuaciones judiciales (art. 12.4 del CPC), sin necesidad de expresa petición de la parte demandada, ordenará el alzamiento de las cautelas acordadas, dejando sin efecto las mismas y todos aquellos actos de cumplimiento de las medidas que se hubieran ejecutado. Aun cuando no es necesario que lo inste el afectado por la medida, no habría inconveniente para que, ante el olvido o demora del tribunal, pudiera solicitarlo. En cualquier caso, desde el mismo momento en que transcurra el plazo, aunque no se haya declarado formalmente su alzamiento, se producirá una pérdida automática de los efectos de las cautelas adoptadas, en atención a

su vigencia temporal.

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

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

b) Al pago de los daños y perjuicios causados al afectado por la medida cautelar. Toda vez que los diez días de plazo para interponer la demanda se iniciaron a partir del cumplimiento de la medida (o sea, de su ejecución), no es aventurado pensar que al finalizar dicho plazo puedan haberse generado daños y perjuicios al demandado, de los que deberá responder el solicitante. La caución prestada quedará afecta a dichos pagos (art. 386.1 del CPC).

B) Medidas cautelares coetáneas a la demanda

a) Solicitud de medidas cautelares

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

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

b) Admisión de la petición cautelar

Presentada la solicitud de las medidas, si procede su admisión a trámite, se

acordará por providencia, prosiguiéndose su tramitación en pieza separada (art. 383.1 del CPC). La formación de esta pieza separada está plenamente justificada por razones de claridad y racionalidad en la tramitación. En efecto, la posibilidad de interposición de recursos independientes, el señalamiento y desarrollo de vistas distintas de las del proceso principal (la audiencia para resolver sobre la cautela o la oposición posterior si se acuerda sin previa audiencia), la tramitación de incidentes posteriores para la modificación o alzamiento de las cautelas, hacen necesario y preciso una documentación distinta y separada de la del proceso principal.

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

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

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

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

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

e) *Falta de ofrecimiento de caución*. Esta sí es una exigencia que necesariamente debe de incorporarse a la petición. No obstante, ha de distinguirse entre la total omisión

de referencia a la caución y la expresa voluntad de prestarla pero sin concretar tipo ni cuantía. Pues bien, atendidos los términos del artículo 20 del CPC, en el primer caso no cabría subsanación puesto que el solicitante ni siquiera habría manifestado la voluntad de cumplir el requisito legal de prestar caución; en el segundo, la omisión tan solo del tipo o de la cuantía de la caución podría ser subsanada de oficio por el tribunal, requiriendo al solicitante para que precisase las circunstancias omitidas en su ofrecimiento y solo en caso de no ser subsanado el defecto, se convertiría en motivo de inadmisión de la solicitud (art. 450 del CPC).

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

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

Las medidas cautelares se pueden pedir y adoptar «en cualquier estado del proceso» (art. 352), lo cual comprende el momento ulterior a la presentación de la demanda o la fase de recursos. Algunos ordenamientos, como el español, exigen que, en esos casos, se acredite la concurrencia de hechos y circunstancias sobrevenidas o ignoradas por el solicitante al momento de presentación de la demanda (art. 730.4 de la LEC)⁽³³⁾. La solución adoptada por el Código Procesal Civil es más acertada y justa al no exigir nuevos hechos para poder adoptar medidas no solicitadas con la demanda. La falta de petición de cautelas con la demanda o reconvencción puede deberse a motivos que nada tienen que ver con la mera conveniencia sino, por ejemplo, con la razonable convicción de que no eran necesarias, o por no poder hacer frente en aquel momento a una caución de la que no disponía y que iba a incrementar los gastos del proceso.

Lo que sí ha de evitarse es la utilización oportunista de la tutela cautelar; es decir, cuando se solicitan como medida de presión, ajena a su finalidad instrumental. En tales casos la petición de medidas encubrirá un abuso de derecho o un fraude de ley que los órganos jurisdiccionales no deben amparar (art. 6.2 del CPC). En resumidas cuentas, el juez, a la hora de examinar la concurrencia de las exigencias y presupuestos legales para la estimación de la medida cautelar, estará obligado a ponderar en estos casos la finalidad pretendida por el solicitante de las medidas tardías. Con todo, ha de dejarse bien claro que la petición de medidas en este momento sigue el mismo régimen de

⁽³³⁾ Dicho de otro modo, el legislador español considera que si las medidas no se pidieron con la demanda es que el actor no las consideró ni necesarias ni precisas para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la sentencia que recaiga. Por ello, una vez interpuesta la demanda, solo admite la petición de medidas cuando cambien las circunstancias, cuando nuevos hechos o datos justifiquen la solicitud precisamente en este momento y no antes.

fondo y procesal que las medidas cautelares solicitadas antes o junto con la demanda, sin especialidad alguna.

La medida cautelar puede también solicitarse cuando la sentencia esté pendiente de recurso de apelación o casación, siendo entonces competente para su adopción el tribunal que se encuentre conociendo del recurso (art. 381.1 del CPC). En este momento, si la sentencia ha sido estimatoria, parece poco útil la petición de cautelas pues, aunque puedan solicitarse exentas de caución (art. 388.4 del CPC), será más beneficioso para el acreedor pedir la ejecución provisional de la sentencia, para cuyo despacho no se precisa, por regla general, prestar fianza (art. 773.1 del CPC). Por ello, en fase de recursos, solo tiene sentido la petición de cautelas cuando no se hubieran adoptado medidas con anterioridad y la sentencia hubiera sido desestimatoria; aunque en estos casos se habrá producido una evidente «degradación» de la apariencia de buen derecho del actor, precisamente como consecuencia de la sentencia desestimatoria de instancia, que dificultará la estimación de su pretensión de tutela cautelar. Igualmente es preciso recordar de nuevo que el régimen procesal será el mismo, pero todas las actuaciones procesales se llevarán a cabo ante el tribunal que esté conociendo del recurso en cuya fase de presenta la solicitud.

3. TRAMITACIÓN

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

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

circunstancias, las medidas se acuerden sin oír a la contraparte, aunque establece un procedimiento de oposición que garantiza, con posterioridad a su adopción, la audiencia bilateral.

A) Adopción de medidas sin audiencia previa

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

La falta de audiencia previa se contrarresta con la posibilidad de una contradicción diferida. Sobre ello se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español, considerando que la contradicción diferida no es contraria al derecho de defensa, en cuanto se justifica por la necesidad de garantizar la efectividad de la tutela cautelar. La STC 218/1994 afirmó que, *«desde la perspectiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la defensa, el hecho de haber sido oídas con posterioridad impide considerar que se haya producido una verdadera indefensión material»*. Y, la STC 14/1992, nos dice:

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

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

a) Presupuestos

La adopción de medidas cautelares sin audiencia previa de la contraparte exige que el solicitante formule una petición expresa en tal sentido y que acredite alguno de los siguientes extremos: (a) que hay razones de urgencia o (b) que la audiencia puede

comprometer el éxito de la medida cautelar. Dos son, por tanto, los supuestos contemplados en la norma que habilitan la adopción de cautelas, sin oír al afectado:

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

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

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

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

Pero, a estos efectos, tampoco basta alegar genéricamente la urgencia de la tutela cautelar, ni siquiera es suficiente exponer específicamente las circunstancias que permiten excluir la audiencia previa; es preciso acreditarlas. En definitiva, el solicitante tiene la carga procesal de probar los hechos concretos que sirven de base para inferir la

urgencia o la pérdida de efectividad de la medida. Para las cautelas adoptadas *inaudita parte* no prevé el Código un período de actividad probatoria previa a la resolución, por lo que la prueba o acreditación habrá de acompañarse necesariamente con la solicitud. Esta acreditación se llevará a cabo mediante documentos, dictámenes periciales, informes de investigadores privados, e instrumentos técnicos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase (véanse los medios de prueba previstos en el art. 251.1 del CPC), aportados con el escrito de solicitud de las medidas.

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

b) Trámite procesal

Antes de admitir a trámite la solicitud, el juez debe examinar si concurren las razones de urgencia o de peligro en el éxito de la medida, que justifican su adopción sin audiencia de la parte contraria. Si no las aprecia, no por ello desestimaré la pretensión cautelar solicitada. Hay que tener presente que las razones previstas en el artículo 383.2 condicionan una determinada tramitación procesal (sin contradicción previa), pero no son presupuesto para la adopción de las medidas. En consecuencia, es posible que concurren los presupuestos para la adopción de la medida, pero no la urgencia con la que se solicita. Por ello, si no se dan los requisitos para tramitar la solicitud de medidas sin contradicción previa, lo procedente es denegar el trámite elegido por el actor y dar curso a su petición por el trámite ordinario (arts. 383.1, 384, 385); en suma: la solicitud se admitirá, se rechazará su tramitación sin audiencia previa y se convocará a las partes a la audiencia que señala el artículo 384.

Presentada la solicitud de medidas y acreditada alguna de las circunstancias que permiten excluir la audiencia previa el tribunal dictará, sin más trámites, la

correspondiente resolución en el plazo de tres días. Es decir, se pasará directamente a dictar el auto resolutorio de la pretensión cautelar sin llevar a cabo más actuaciones de parte para la instrucción del asunto (ni actos alegatorios ni actos de prueba).

c) Resolución

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

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

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

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

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

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

por el artículo 385.2 del CPC. La adopción de medidas con contradicción diferida no exime al solicitante de ofrecer y prestar caución, ni al tribunal de fijar la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse. Con independencia de que las cautelas se acuerden con contradicción previa o diferida, la oferta de la caución es siempre un requisito de la solicitud (art. 386.1), su fijación es una exigencia de contenido en la resolución judicial (arts. 354.5 y 385.2] y su prestación es un presupuesto ineludible para la ejecución de la medida, por cuanto no se ordenará ningún acto de cumplimiento de la medida hasta después de que la caución sea prestada (art. 386.2).

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

d) Oposición del demandado

En el régimen ordinario, la oposición del afectado se posibilita antes de adoptar la medida (contradicción anticipada); concretamente en el acto de la vista a la que deben de ser citadas ambas partes (art. 384). A diferencia de ello, cuando la medida se adopte sin audiencia (*inaudita parte*), la parte afectada podrá oponerse posteriormente a la adopción de la cautela (contradicción diferida), conforme a lo previsto en los artículos 390 a 392 del Código. Esta posibilidad de oposición restablece el equilibrio entre las partes, momentáneamente roto por razones de urgencia, al haberse adoptado la cautela sin audiencia del deudor. La compatibilidad entre este régimen de contradicción diferida y el derecho de defensa, la determina el ATC 186/1983⁽³⁴⁾ en relación con un embargo preventivo:

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

⁽³⁴⁾ También el ATC 69/1985 consideró que ni el derecho a la tutela judicial ni el de defensa se veían menoscabados por la adopción de medidas cautelares sin audiencia previa del afectado, siempre que se salvaguardasen *a posteriori* el principio de contradicción y las posibilidades de defensa.

385.2, 386.2 del CPC hondureño] y la indemnización de daños y perjuicios si resultara la medida improcedente [véase el art. 393 del CPC hondureño], todo ello, con independencia del resultado del proceso principal, que con la medida asegurativa no se prejuzga en absoluto.

Por medio de la oposición (en la que se ejercita, en esencia, una pretensión impugnatoria de una resolución judicial)⁽³⁵⁾ puede el afectado, aunque sea *a posteriori*, hacer valer todos sus argumentos; podrá cuestionar entonces no solo la procedencia de la cautela (impugnación por motivos de fondo), sino también la decisión de adoptarla sin audiencia del demandado (impugnación por motivos de forma) si las razones de urgencia alegadas carecían de base o justificación, o si el auto judicial no las motivó suficientemente, siempre que, como consecuencia de ello se hubiere producido una indefensión relevante.

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

Ninguna especialidad del plazo de oposición se ha reglado respecto de las medidas «provisionalísimas», esto es, las previas a la demanda (*ante demandam*) otorgadas sin audiencia. Como sabemos, estas medidas quedan ratificadas, sin necesidad de declaración expresa, si se interpone la demanda dentro de los diez días de cumplidas (art. 352, *a contrario sensu*). ¿Desde cuándo debe entonces computarse el plazo de oposición? Parece obvio que la regla ha de ser siempre la misma, aunque la solución dependerá de las circunstancias del caso. Así, la oposición habrá de presentarse siempre dentro de los tres días siguientes a la notificación o al conocimiento del auto en el que se acuerde la medida cautelar (arts. 124.1 y 390.1), con independencia de que el solicitante haya presentado o no su demanda. Pero las soluciones pueden ser variadas, en función de cuándo tenga el afectado conocimiento de dicho auto:

1. Si el afectado tiene conocimiento de la adopción de la medida cautelar provisionalísima antes de que haya caducado y quiere oponerse a ella, no debe esperar a que el actor presente la demanda y se incoe el proceso principal. Deberá hacerlo en el plazo de los tres días siguientes a aquel en que adquirió conocimiento de la medida adoptada (que pudo llegarle a través de la notificación del auto en cuestión o al proceder

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

a la ejecución de la propia medida). En tales casos, si finalmente no se presentase la demanda, al cancelarse de oficio las medidas cautelares (por caducidad), quedaría sin contenido la oposición (por pérdida sobrevenida de su objeto) y ésta debería archivarse sin más trámite por el tribunal.

2. Si el afectado no tiene conocimiento de la medida hasta la presentación de la demanda principal, será a partir de este momento cuando se inicie el plazo para oponerse. Aunque la vigencia de las medidas previas se mantiene *ope legis* por el hecho de presentar la demanda, sin necesidad de declaración judicial alguna, es posible que al admitir a trámite la demanda, el juez señale que las cautelas adoptadas con anterioridad han quedado ratificadas por imperativo legal (*ex lege*), o indique que las mismas se traigan como pieza separada del proceso principal que ahora se inicia. Ello no puede servir de coartada para oponerse a las medidas si consta que el afectado tuvo con anterioridad noticia de las mismas y se aquietó. Ahora bien, si es éste el primer momento en que tiene conocimiento de las medidas acordadas, será a partir de entonces cuando haya que computar el plazo de oposición.

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

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

392.2).

Pese a que los motivos de oposición son, por lo general, ilimitados, se han planteado algunas excepciones de carácter temporal y procesal.

1. Hay quien considera que las limitaciones temporales vienen establecidas por el propio entorno circunstancial existente en el momento en que fueron adoptadas las cautelas. En concreto, VALLS GOMBAU⁽³⁶⁾ sostiene que «en principio, no deberían poder alegarse circunstancias nuevas o hechos diferentes, acaecidos con posterioridad a la adopción y con anterioridad a la oposición puesto que, por su naturaleza, la oposición sólo se compadece con las alegaciones que 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 estos casos, dice el mentado autor, la vía adecuada sería la del incidente de modificación de medidas.

Es verdad que, una vez adoptadas las medidas, si sobrevinieren hechos nuevos o de nuevo conocimiento, lo procedente sería instar el incidente de modificación de medidas del artículo 394.1 del CPC. Ahora bien, teniendo en cuenta que el incidente de modificación de medidas se sustancia y tramita con arreglo al procedimiento previsto para la oposición (art. 394.2) y, atendiendo al principio de economía procesal (art. 8 del CPC), no veo inconveniente alguno, sino todo lo contrario, en admitir que en una oposición a las medidas se aleguen hechos que podrían dar lugar a un incidente de modificación⁽³⁷⁾. Desde esta perspectiva, impedir que el demandado haga valer en la oposición hechos posteriores a la adopción de la cautela, obligándole a reservarlos para inmediatamente después plantear un incidente de modificación o alzamiento de medidas cautelares, es absurdo.

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

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

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

Por lo demás, la carga de la alegación y prueba de los hechos que fundan las cautelas siempre corresponde a quien solicita su adopción, y no al demandado, quien, sin necesidad de probar hecho alguno, podrá limitarse a poner de relieve la carencia, insuficiencia o inexistencia de los fundamentos y razones aducidos por el actor. Al opositor a la medida no se le puede exigir lo contrario supondría sobrecargar a quien formula la oposición con una prueba negativa siempre difícil de suministrar. En cualquier caso, es aquí de aplicación la regla del artículo 238 sobre distribución de la carga de la prueba, correspondiendo al actor probar los presupuestos para la adopción de las cautelas, mientras que al demandado le corresponde acreditar los hechos positivos que enerven o contradigan la virtualidad de aquellos presupuestos o los relacionados con la oferta de caución sustitutoria.

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

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

b) Sustanciación. Tras la admisión de la oposición se procede a la convocatoria de una audiencia que se celebrará en el plazo de cinco días contados desde la recepción de la notificación por las partes, con entrega al demandante de copia del escrito de oposición (392.1 del CPC). Para la ello, bastará una simple providencia [art. 193.2.a) del CPC].

Ahora bien, puede darse el caso de que el opositor proponga pruebas que no puedan practicarse en la audiencia sin la colaboración del tribunal (piénsese, por ejemplo, que solicita en su escrito la citación judicial de un testigo para que declare en la audiencia; o pide que se requiera a la otra parte para que presente un documento: art. 281). En tales supuestos, para evitar indebidas suspensiones de la audiencia (que

romperían el principio de unidad de acto en la práctica de la prueba: art. 243.1), el tribunal deberá pronunciarse anticipadamente, en la propia resolución de convocatoria, sobre la admisión o no de las pruebas propuestas. En estos casos, la resolución de convocatoria, que también incluye un pronunciamiento sobre la pertinencia de las pruebas, habría de adoptar la forma de auto, conforme a lo establecido en el artículo 193.2.b) del CPC.

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

El desarrollo de la vista tiene el mismo contenido que la tramitación de las cautelas con audiencia. El artículo 392.2 dispone que las partes presentarán sus respectivas alegaciones (primero el opositor y luego el demandante), practicándose seguidamente la prueba que haya sido propuesta y admitida, quedando sin más trámite las actuaciones conclusas para resolver sobre la oposición. La prueba que no pueda ser practicada en el acto, salvo que el juez estime que es relevante y que no pudo practicarse en la vista por razones no imputables a quien tenía la carga de aportarla, será por regla general rechazada por improcedente, so pena de quebrar la sumariedad (entendida como brevedad) del incidente; es, por tanto, conveniente que sean las propias partes quienes traigan a las personas que hayan de declarar en la audiencia (como testigos o como peritos) o que soliciten con antelación a la audiencia su citación judicial, pues el juez deberá rechazar la práctica de cualquier prueba que suponga una demora injustificada en la resolución del asunto. Contra la denegación del trámite de prueba o contra la inadmisión de todos o alguno de los medios de prueba propuestos cabe recurrir oralmente en reposición, sustanciándose y resolviéndose en el acto (arts. 240.2 y 698); si se desestima el recurso, la parte perjudicada podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en el recurso de apelación contra el auto resolutorio de las medidas (arts. 240.2, 384.3 y 699); lo mismo sucederá respecto de cualquier otra infracción que pudiera haberse cometido en la audiencia (arts. 384.3, 698 y 699). Naturalmente, el sentido de las protestas deja de tener eficacia si, llegado el momento, no se plantea la apelación contra la resolución definitiva, puesto que dichas protestas son meramente

instrumentales de la futura apelación.

En el supuesto de que el opositor no compareciera a la audiencia, se le tendrá por desistido y se le impondrán las costas. Si el ausente fuera el demandante que obtuvo a su favor las medidas, continuará la vista con quien hubiere formulado la oposición.

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

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

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

B) Tramitación de las cautelas con audiencia previa

El artículo 383.1 del CPC establece la regla general de que las medidas cautelares se adoptarán «previa audiencia de la parte contra quien se soliciten». La

contradicción previa es, por consiguiente, el supuesto normal en sede de tramitación de las medidas cautelares.

a) Convocatoria de la audiencia

Solicitada y admitida a trámite la petición de cautelas con contradicción previa, se procederá a trasladar la petición al demandado, convocando a las partes a una audiencia dentro del quinto día hábil siguiente a la notificación; audiencia que se desarrollará con carácter preferente sobre el resto de los señalamientos (art. 384.1).

Es posible que el demandante proponga en su solicitud alguna prueba que requiera la colaboración del órgano judicial para que pueda ser practicada en la audiencia. Piénsese, por ejemplo, que lo propuesto sea la declaración de algún testigo, el interrogatorio de la parte contraria o el informe escrito de alguna persona jurídica o entidad pública que no está a disposición del demandante. Para que dichas pruebas puedan practicarse en el acto de la vista oral será preciso que el tribunal haya acordado con tiempo suficiente las correspondientes citaciones judiciales o la remisión del mandamiento u oficio requiriendo la información. Ello supone que, en tales casos, el tribunal habrá de pronunciarse sobre la admisión o no de tales medios de prueba en la misma resolución de señalamiento de la audiencia, para que las fuentes de prueba estén a disposición de las partes y del tribunal en el momento de su celebración; resolución que adoptará entonces la forma de auto, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 193.2.b) del CPC. En suma, cuando la parte estime que sin la citación o el requerimiento judicial no podrá practicar un medio de prueba en la audiencia, podrá solicitar del tribunal que se pronuncie anticipadamente sobre la pertinencia de la prueba; de lo contrario podría causarse indefensión a la parte o se daría lugar a innecesarias e inconvenientes suspensiones de la audiencia, que romperían el principio de unidad de acto en la práctica de las pruebas (art. 243.1).

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

b) Sustanciación de la audiencia

a) Reglas generales. La vista se desarrolla conforme las reglas generales sobre modo de celebración, dirección de los debates, documentación, suspensión y realización

de nuevos señalamientos que se contempla en el Código para todas las actuaciones judiciales orales (arts. 15, 115.2, 152.4, etc.). Debe, no obstante, llamarse la atención sobre el especial rigor que ha de observarse en la tramitación del proceso cautelar y en su pronta resolución, habida cuenta la urgencia que le caracteriza. No es admisible que la pieza cautelar tarde en sustanciarse más tiempo que el proceso principal. Para evitar dilaciones injustificadas e indebidas, el tribunal debe velar por la simplificación del procedimiento, impidiendo, por lo medios legales que tiene a su disposición peticiones torticeras de suspensión y limitación la práctica de pruebas a las estrictamente necesarias (art. 6.2 del CPC).

b) Comparecencia. La comparecencia en la vista es obligatoria para el solicitante. Cuando éste, injustificadamente, no acuda a la audiencia, se le tendrá por desistido y se le impondrán las costas; si fuese el demandado quien no asistiera, continuará la celebración de la audiencia con el actor (véase, por analogía, lo dispuesto en el art. 590.1 y 3 del CPC).

c) Alegaciones. La audiencia se inicia con una breve exposición de las peticiones de las partes (primero el solicitante de la medida y después el afectado por la misma). 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. Se oirán después los argumentos de la parte afectada, quien podrá contestar las alegaciones del solicitante e introducir los hechos que considere pertinentes para enervar la petición de cautelas; igualmente, el afectado podrá ofrecer caución para impedir la práctica de la medida cautelar, concretando su forma y cuantía y motivando su procedencia (art. 391.1 del CPC).

d) Prueba. Seguidamente, se abrirá el período probatorio. El artículo 384.2 del CPC prevé que las partes «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». Ello no significa que el solicitante pueda proponer libremente prueba en esta audiencia. Ha de recordarse que, para el actor, precluyó la posibilidad de proponer pruebas con el escrito inicial (así lo exige el art. 380.2 del CPC) y que, si alguna de ellas precisaba para su práctica de colaboración judicial (citación, requerimiento, etc.), el juez debió admitirlas o denegarlas en la misma resolución de señalamiento de la vista. Los términos del artículo 384.2 del CPC, antes transcritos, lejos de constituir un argumento a favor de que el

solicitante pueda proponer prueba en esta audiencia, sugieren precisamente lo contrario atendiendo a dos consideraciones:

La primera, que en el precepto no se habla de «proposición de prueba» sino de «servirse de cuantos medios de prueba consideren convenientes»⁽³⁸⁾. Lo que esto quiere decir es, simplemente, que el legislador no ha limitado los medios de prueba. Si son pertinentes, procedentes y útiles (art. 236), cualquiera de los medios enumerados en el artículo 251 podría ser admitido.

La segunda consideración es que, el citado artículo 384.2 lo que hace en realidad es ordenar al juez la depuración de los medios de prueba propuestos en su momento oportuno (por el demandante en su solicitud y por el demandado en esta misma audiencia) con arreglo a dos criterios: a la vista de las circunstancias (denegando, por ejemplo, la prueba sobre hechos no controvertidos) y de la sumariedad del acto (denegando, por ejemplo, las pruebas que no puedan practicarse en el acto). Se pretende así evitar que la práctica de la prueba sea una rémora o un instrumento para demorar indebidamente la resolución del procedimiento cautelar, y, por ello, se ha de practicar concentradamente en la audiencia, en unidad de acto (art. 243.1), aunque no de forma tan rígida que ni siquiera se tengan en cuenta las circunstancias del caso (por ejemplo, permitiendo excepcionalmente la suspensión de la vista para posibilitar una segunda citación del perito que no ha comparecido: art. 231.3 del CPC).

Con todo, debe precisarse que la aludida preclusión probatoria, que afecta al solicitante, rige exclusivamente de cara a la justificación de los presupuestos de la tutela cautelar, lo que implica que podrán ser admitidas otras pruebas pertinentes cuando se trate de desvirtuar los argumentos del demandado⁽³⁹⁾, siempre que el actor dispusiera de ellas en el momento de la audiencia. En lo atinente al demandado, es precisamente en el momento de la vista cuando tiene la primera y única oportunidad de exponer los hechos y proponer las pruebas, siendo aconsejable que las aporte en el acto a fin de que se practiquen en la audiencia, sin otra actuación ulterior, dando así cumplimiento al principio de unidad de acto en la práctica de las pruebas (art. 243.1).

(38) Los términos son esencialmente idénticos a los empleados por el artículo 734.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española: en la audiencia sobre medidas cautelares, las partes podrán exponer lo que convenga a su derecho «sirviéndose de cuantas pruebas dispongan». No por ello se ha puesto en duda la categórica afirmación de la propia Ley procesal española de que «para el actor precluirá la posibilidad de proponer prueba con la solicitud de medidas cautelares» (art. 732.2.III); y tampoco se ha planteado que exista contradicción entre uno y otro precepto.

(39) El artículo 287.2 del CPC permite la presentación de documentos no acompañados inicialmente con la demanda, cuando la relevancia de los mismos haya sido puesta de manifiesto a consecuencia de las alegaciones del demandado al contestar la pretensión actora.

El tribunal se pronunciará sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, en su caso, por el solicitante y por el afectado, para proceder a la práctica de las que sean admitidas. Contra la inadmisión cabe formular recurso de reposición oral y, ante su desestimación, protesta como manifestación de no conformidad para poder hacer valer la infracción en el recurso de apelación contra la resolución de las medidas (arts. 240.2, 384.3, 688 y 689).

Por regla general, las pruebas que no puedan practicarse en la misma audiencia, habrán de ser rechazadas por improcedentes. Esta solución queda amparada no solo por el citado principio de unidad de acto, bajo el que han de practicarse todas las pruebas (art. 243.1), sino también por lo establecido en el artículo 384.2 que condiciona la práctica de los medios de prueba en la audiencia sobre medidas, «a las circunstancias y sumariedad con que debe celebrarse la audiencia». Ello no significa que la audiencia nunca pueda suspenderse para practicar alguna prueba; ahora bien, en materia cautelar la interpretación al respecto ha de ser muy restrictiva, de manera que solo procederá la suspensión cuando el juez entienda que se trata de una prueba relevante y útil en el sentido de que pueda ser decisiva para la resolución del caso y que el proponente no tenga responsabilidad alguna, ni siquiera por omisión, en el hecho de que no se hubiera podido practicar en la audiencia (por ejemplo, no debería accederse a la suspensión si la parte pudo proponer la prueba con antelación a la audiencia para que el tribunal decidiese anticipadamente sobre su admisión, acordando lo procedente para su práctica).

c) Resolución

Señala el artículo 385 del CPC lo siguiente:

1. *Terminada la audiencia, el tribunal inmediatamente⁽⁴⁰⁾ 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.*

⁽⁴⁰⁾ El tribunal puede dictar resolución oral inmediatamente, tras la terminación de la audiencia. En tal caso, el artículo 199.2 del CPC exige que se exprese en el acta por el secretario una mínima fundamentación del auto, asegurándose al mismo tiempo que de los hechos y razones jurídicas que lo han motivado, ha quedado cumplida constancia en la grabación.

5. Si fuere denegada la petición de medidas cautelares, se podrá reproducir la solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición.

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

En el auto se precisará la medida o medidas cautelares que se acuerden y el régimen a que han de ser sometidas para su ejecución. Igualmente deberá contener, salvo los supuestos de exención (art. 388), la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse la caución. Nótese que en dicha resolución ya quedará delimitado el contenido y tipo de la 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 debe tener presente en su resolución la regla del artículo 357 del CPC, esto es: ante cautelas igualmente eficaces, deberá decretar la que resulte menos gravosa para el demandado. La necesidad (eficacia) de la medida a adoptar se debe anudar con la mínima agresión posible, eligiendo la que menor incidencia –de existir varias posibles y útiles– pueda tener sobre el patrimonio del demandado. No cabe, sin embargo, que el tribunal acuerde una medida cautelar que suponga la completa alteración del debate procesal. Es aconsejable, para evitar problemas en este aspecto, que en las solicitudes de cautela se reseñen todas aquellas que se estimen pertinentes para la efectividad de la tutela solicitada, de modo que todas ellas puedan ser objeto de debate en la vista correspondiente para su adopción, sin indefensión para el demandado.

Además, ha de acordarse la medida más adecuada en relación con el derecho controvertido. En este sentido, serían inaplicables para el aseguramiento de obligaciones pecuniarias medidas tales como la orden judicial de cesar en una actividad o de abstenerse de realización de una conducta, por desproporcionadas, mientras que el embargo preventivo sería, por lo general, una medida suficiente para su protección⁽⁴¹⁾.

(41) José Francisco VALLS GOMBAU, «La unificación del procedimiento cautelar», en ob. cit., pág. 311, dice al respecto: «Si la palabra cautela procede etimológicamente de *cavere* que significa diligencia, precaución o previsión, la misma raíz etimológica nos indica que 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

Por otra parte, son requisitos esenciales en la petición de cautelas los elementos fácticos que conforman la concurrencia de sus presupuestos (aparición del derecho y 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⁽⁴²⁾. En el sistema de cautelas instaurado por el Código, el juez dispone de una mayor discrecionalidad en atención a que las medidas resultan abiertas y no responden a un elenco predeterminado de medidas concretas que debían servir de respuesta a situaciones de peligro también concretas y en muchos casos también predeterminados. El nuevo Código regula las cautelas con carácter general y abierto, respecto a sus requisitos (art. 351) y clases (arts. 355 a 357).

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

Por lo demás, las resoluciones sobre medidas cautelares son variables: si la medida se acuerda, podrá modificarse (art. 394.1) y si se deniega, podrá reproducirse la solicitud (art. 385.5); eso sí, sobre la base de circunstancias o hechos sobrevenidos o de nuevo conocimiento. La tutela cautelar está sometida al principio *rebus sic stantibus* o, lo que es lo mismo, su permanencia en el tiempo solo es exigible en tanto no se alteren los presupuestos o motivos que sirvieron de soporte para su adopción (STC 105/1994), de manera que las medidas denegadas son susceptibles de solicitarse nuevamente si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición (art. 385.5) y las medidas adoptadas pueden ser modificadas si sobrevinieren hechos nuevos o de nuevo conocimiento. Con todo, aunque cabe replantear una petición con el mismo objeto, así como proceder a su modificación, hay que insistir en que la reproducción o la modificación han de estar basadas necesariamente en hechos o circunstancias nuevas, sin que sea posible una revisión ilimitada ni, por supuesto, un nuevo examen de los mismos

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. En consecuencia, “el proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón”; y, a contrario, la cautela, como vía de hecho, sin garantías ni presupuestos también vulnera la tutela efectiva puesto que el proceso para obtener razón no debe causar un daño (irreparable) a quien se opone con razón”. Nos encontramos ante una contraposición de derechos que sólo una decisión judicial fundamentada y ajustada a las características y requisitos legales puede tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico».

(42) José Francisco VALLS GOMBAU, «La unificación del procedimiento cautelar», en ob. cit., pág. 312.

requisitos y presupuestos fácticos ya ponderados y tenidos en cuenta por el tribunal en una resolución previa⁽⁴³⁾.

C) Recursos

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

a) *Contra las resoluciones interlocutorias*

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

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

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

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

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

En lo atinente a las resoluciones adoptadas en la vista oral, el artículo 384.3 establece que «*las infracciones que se hubieran producido en la audiencia podrán ser protestadas por las partes a los efectos de motivar el recurso contra el auto que resuelva sobre las medidas cautelares*». Ello no significa necesariamente que no quepa ningún recurso previo a formular la protesta, sino que la protesta es un requisito necesario para poder después hacer valer en el recurso de apelación la infracción cometida (así se establece con carácter general en el art. 240.2). Hay que traer aquí a colación lo dispuesto por los artículos 698 y 699, respecto del régimen de recursos contra las resoluciones adoptadas oralmente en la audiencia, que autorizan la interposición del recurso de reposición verbalmente en dicho acto, resolviéndose de inmediato sin ulterior recurso, sin perjuicio de hacer valer la infracción cometida en el recurso que se interponga contra la resolución definitiva; regulación que es totalmente compatible con la previsión aislada del artículo 384.3.

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

Con todo, una interpretación correctora de los errores del legislador (que en este aspecto ha hecho una mala copia del texto español)⁽⁴⁴⁾ podría llegar a la conclusión de que no cabe recurso de reposición contra ninguna de las resoluciones interlocutorias, dictadas durante la tramitación del procedimiento de medidas cautelares. Para ello habría que considerar que, cuando el legislador dispuso que las infracciones producidas en la audiencia podrían «ser protestadas» a los efectos de motivar el recurso de apelación contra el auto resolutorio de las medidas, estaba pensando precisamente que

⁽⁴⁴⁾ El artículo 733.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice claramente que «contra las resoluciones del tribunal sobre el desarrollo de la comparecencia, su contenido y la prueba propuesta *no cabrá recurso alguno*, sin perjuicio de que, previa la oportuna protesta, en su caso, puedan alegarse las infracciones que se hubieran producido en la comparecencia en el recurso contra el auto que resuelva sobre las medidas cautelares». Como se ve, el texto español no deja lugar a dudas sobre que no cabe recurso alguno, salvo la protesta; claridad que no se aprecia en el texto hondureño.

tal «protesta» iba a ser el único medio de expresar en ese momento la disconformidad de las partes con la actuación del órgano judicial, excluyendo, por tanto, el medio ordinario de impugnación contra estas resoluciones (el recurso de reposición). Como argumento para justificar esta interpretación, podría traerse a colación la naturaleza sumaria del procedimiento cautelar. Pero, insistimos, correspondía al legislador la obligación de dejar claro este extremo y no lo hizo.

b) Contra la decisión sobre las cautelas

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

Contra la decisión, ya sea estimatoria o desestimatoria, de la petición cautelar (y también contra la resolución que se dicte tras la oposición a las medidas acordadas sin audiencia de la contraparte) podrá interponerse recurso de apelación, sin efectos suspensivos (art. 385.3 del CPC)⁽⁴⁵⁾. Así pues, si la cautela se estima, proseguirá la ejecución de la medida conforme las reglas del 389 del Código, sin paralizar su cumplimiento efectivo.

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

El plazo para interponer el recurso de apelación es de 10 días, contados desde el siguiente a la notificación del auto (art. 709). El escrito de interposición se unirá a la pieza separada que se haya formado para la tramitación cautelar. El recurso deberá fundamentarse ante el órgano que haya dictado la resolución que se impugne mediante escrito motivado en el que se expresen los agravios que la resolución le cause, tal como indica el artículo 709 del CPC. Omitir la fundamentación del recurso es un defecto

(45) El problema se plantea cuando la petición de medidas cautelares se haya formalizada en la segunda instancia (ante la Corte de Apelación). Del recurso devolutivo tendría que conocer en tal caso la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil) y, de forma excepcional, por los trámites señalados para la apelación. Otra solución, negando el recurso devolutivo ante la Corte Suprema y sosteniendo, por ejemplo, la procedencia de un simple recurso de reposición ante la misma Corte de Apelación, me parece que cercena injustificadamente el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos (art. 690 del CPC) y, en consecuencia, a la propia tutela judicial efectiva del artículo 1.1 del Código Procesal Civil en su aspecto de acceso a los tribunales en sus diversas instancias.

insubsanable⁽⁴⁶⁾, respecto del que no cabe aplicar lo dispuesto en el artículo 20 del CPC: cuando las leyes procesales imponen al recurrente la carga de motivar su escrito de interposición, la inobservancia de un requisito tan esencial como este resulta insubsanable y permite la inadmisión *a limine* del recurso (SSTC 16/1992, 64/1992 y 3/1996). Lo contrario, como claramente señala la STC 64/1992 (fj 4), «dejaría indefensas a las otras partes del proceso, dañando la regularidad del procedimiento y los intereses de la contraparte». Más ampliamente, la citada sentencia del Tribunal Constitucional español declara (fj 5):

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

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

La motivación del recurso resulta esencial para que el órgano *ad quem* pueda conocer los motivos de impugnación de que es objeto la resolución apelada, a la vez que permite que el apelado pueda contraargumentar frente a los alegatos del apelante y ejercer, en consecuencia, adecuadamente su derecho a la defensa en la segunda instancia con plena aplicación de los principios de contradicción e igualdad.

[...] En el propio escrito de interposición del recurso, el apelante debe exponer las alegaciones en las que base la apelación y, en su caso, solicitar la práctica de la prueba en la segunda instancia [*véanse los arts. 709.II y 712.1 del CPC hondureño*]. De igual modo, una vez admitida la apelación, tras el oportuno traslado del escrito de interposición al apelado, éste debe formular las alegaciones que estime convenientes en su escrito de impugnación o de adhesión al recurso [*véase el art. 711 del CPC hondureño*].

La importancia que el legislador ha querido atribuir a los escritos de alegaciones de las partes, trasladando el momento de fundamentación de la apelación del acto de la vista a los escritos de

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

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

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

La documentación que puede acompañarse al recurso es limitada: sólo los documentos referidos al fondo que sean posteriores a la audiencia en que se dictaron las medidas, o los anteriores a dicho momento siempre que, en este último caso, la parte justifique (no basta solo con alegarlo) que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad a él (véase el art. 710). En el recurso de apelación puede proponerse prueba, pero se limitará a los siguientes medios (art. 712):

- a) La documental referida a los documentos de fondo que se acompañen con el escrito y que cumplan alguna de las condiciones antes expresadas.
- b) La que hubiera sido denegada indebidamente en primera instancia.
- c) La que, habiendo sido admitida en primera instancia, no hubiera podido practicarse por causas no imputables al que la propuso.

La prueba referida a hechos relevantes para el derecho o interés discutido, acaecidos con posterioridad a la audiencia en la que se acordaron las medidas, debe denegarse por improcedente, aunque el artículo 712.2.d) del CPC admita su práctica en segunda instancia. Los hechos relevantes acerca de la adopción o denegación de medidas, acaecidos con posterioridad a la audiencia, no pueden ser alegados (y probados) en apelación, sino que, si las medidas fueron denegadas, dan lugar a una nueva solicitud por cambio de las circunstancias (art. 385.5); y, si fueron adoptadas, lo procedente es plantear una modificación de medidas por haber sobrevenido hechos nuevos o de nuevo conocimiento (art. 394.1).

Tras el traslado a la contraparte por plazo de 10 días para que conteste a los

agravios (art. 711 del CPC), se remitirán los antecedentes al tribunal de apelación. Lo que se envía al órgano *ad quem* son siempre las actuaciones originales: la pieza separada de medidas cautelares. Ahora bien, toda vez que el recurso de apelación no es, en este caso, suspensivo (art. 385.3), cuando la apelación afecte a un auto que adoptó alguna medida cautelar, habrá de continuarse con su ejecución. Para ello, el órgano *a quo*, antes de elevar la pieza de medidas al tribunal *ad quem*, formará testimonio de lo necesario para tramitar todo lo atinente a la ejecución de la medida (probablemente bastará con testimonio del auto en el que se acordó, sin perjuicio de que pueda también estimarse necesario el testimonio de otras actuaciones de la pieza). Si, por descuido, el órgano *a quo* remitió la pieza sin hacer previamente los testimonios para su ejecución, deberá ser el propio juzgado que cometió la equivocación (y no la parte afectada por la misma) quien se dirija al órgano superior para pedirle que libere los testimonios necesarios y se los envíe (véase, por analogía, lo dispuesto en el artículo 714 para la ejecución provisional). Naturalmente, si la resolución apelada desestimó la adopción de las medidas, nada hay que testimoniar previamente al envío de la pieza porque nada hay que ejecutar (la desestimación no es susceptible de ejecución).

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

Es de hacer notar, además, que, la parte agraviada por el auto de medidas solo puede hacer valer su derecho recurriendo en apelación dicho auto. Lo que no cabe es pretender discutir las medidas cautelares adoptadas, aprovechando para ello el recurso contra la sentencia dictada en el proceso principal. Dicho de otro modo: el recurso contra la sentencia no puede servir de coartada para atacar la medida cautelar. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.^a) lo deja bien claro en su sentencia de 27 de abril de 2005:

Alega el recurrente que el juzgador de instancia incurrió en lo que denomina manifiesta arbitrariedad, a la hora de adoptar las medidas cautelares. Tal alegación debe ser rechazada, dado que si el recurrente consideraba que la adopción de medidas cautelares se había realizado contra derecho, pudo y debió indicarlo al recurrir dicho auto de medidas cautelares, lo cual hizo el hoy recurrente con profusión de argumentos y a cuya resolución mediante auto de 31-3-2004 de esta Sala cabe remitirse. El recurso de apelación ha de tener por objeto, obviamente, la resolución de lo que es objeto del recurso, tal y como indica el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el cual significativamente distingue entre sentencias y autos, siendo diferente el objeto del recurso de apelación de la sentencia que el del auto de medidas cautelares, sin que quepa reproducir de forma gratuita en el recurso contra la sentencia los argumentos que, o bien se introdujeron, o si no lo fueron debieron introducirse, en la apelación del auto de medidas cautelares; auto éste que no goza de doble vía de recurso, el de su propio recurso y el del recurso de la sentencia dictada, tal y como la lógica

indica, y es que este recurso no puede ser cauce para reproducir o introducir cuestiones que pudieron y debieron indicarse al recurrir el auto de medidas cautelares.

4. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

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

Aportada la caución, el órgano judicial, en el plazo más breve posible (esto es, sin dilación: art. 123.2), dictará mandamiento de ejecución (art. 759.1) en el que habrá de señalar, 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 (si se trata de embargo, secuestro, etc.), o las actuaciones precisas para proceder a ejecutar la medida adoptada, y el correspondiente requerimiento, cuando así lo exija la naturaleza de la medida, en términos similares a los dispuestos en el artículo 760 del CPC. La resolución se llevará a efecto de inmediato, será ejecutiva sin necesidad de oír previamente al afectado; contra ella no cabe recurso, sin perjuicio de los que proceda deducir frente a las infracciones que en el desarrollo de la ejecución pudieran cometerse (art. 759.1).

A) Prestación de caución para el cumplimiento de la medida

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

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

- a) En la solicitud inicial ha de precisarse el tipo y la justificación del importe que se propone (arts. 380.3 y 386.1).
- b) En la resolución donde se acuerden las medidas se establecerá la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse la caución por el solicitante (art. 385.2).
- c) La prestación de la caución será siempre necesaria y previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar (arts. 386.2 y 389).

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

B) Exenciones a la prestación de caución

Como regla general el solicitante deberá ofrecer caución (art. 386.1) y el juez fijarla al acordar las medidas (art. 385.2). Pero esta regla general tiene sus excepciones. Así, en los procesos de familia (art. 658) no procede prestar caución. Además, el Código Procesal Civil establece en su artículo 388 un listado de supuestos en los que el solicitante de la medida quedará eximido de prestar caución. La lista no es cerrada, puesto que expresamente queda abierta a «los demás casos previstos en la ley» (art. 388.5). Como todas las excepciones a una regla general, deben aplicarse con criterio estricto y suma prudencia. Ahora bien, ello no significa que solo y exclusivamente en los casos expresamente determinados por la ley pueda el juez eximir de caución al solicitante. Cuando el juez llegue a la convicción de que la caución es innecesaria en el caso concreto, porque no cumple la función aseguradora que la propia ley le asigna, puede eximir de caución al solicitante⁽⁴⁷⁾. En resumidas cuentas, el órgano judicial no solo puede modular la caución, sino también, en determinados casos, suprimirla (véase

⁽⁴⁷⁾ Piénsese en el siguiente caso real, sucedido en España ante un juzgado sevillano. El demandante era una entidad bancaria que había concedido al demandado un crédito hipotecario para adquirir una vivienda. El demandado, que dejó de pagar los plazos de la hipoteca, no llegó a inscribir la finca en el Registro de la Propiedad ni cumplió con sus obligaciones fiscales, de manera que la entidad bancaria se veía imposibilitada para, a su vez, inscribir la hipoteca en el Registro. La acción ejercitada por la entidad bancaria fue la subrogatoria, pidiendo al juzgado que le autorizase para proceder a la inscripción de la finca del demandado y a pagar los correspondientes impuestos debidos por aquel. Con la demanda, la entidad actora pidió la anotación preventiva de la demanda y solicitó que se le eximiese de prestar caución, ya que ningún perjuicio en absoluto se podría irrogar al demandado con la adopción de la medida. El juzgado sevillano acordó la anotación preventiva de la demanda sin caución.

lo expuesto *ut supra*, en el Capítulo II, apartado 3.A).

C) Forma de la caución

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

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

El artículo 387.2 del CPC establece lo siguiente:

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

Esta norma va dirigida al juez y tiene su momento de aplicación en el auto de concesión de la medida cautelar. Es allí, en aquel auto, donde el juez, de acuerdo con el artículo 385.2, viene obligado a determinar la forma, cuantía y tiempo en el que deba prestarse la caución, bien sea aceptando la ofrecida por el actor o alterándola con arreglo a las facultades que le ofrece el artículo 387.2. Por tanto, si la caución se ajusta literalmente a los términos en los que fue acordada en el auto de concesión de la medida cautelar, el juez, sin más trámite, procederá de oficio a ejecutar la medida (art. 389.1). Si, por el contrario, el actor ha incumplido los términos en que se fijó la caución (ya sea en su modalidad, cuantía o tiempo en que debió prestarse), el juez debe declararla inaceptable, sin posibilidad de subsanación una vez transcurrido el término o el plazo señalado para su prestación (la extemporaneidad es siempre un defecto insubsanable), de manera que no se iniciarán los trámites para el cumplimiento de la medida y esta quedará, de hecho, sin efecto. Lo procedente será acordar su alzamiento en la misma resolución que rechaza la caución por inadecuada y, frente a esta resolución, cabe recurso de reposición conforme a las reglas generales (arts. 694 y ss.), pero no procede

la apelación al no estar prevista para estos casos.

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

Por tanto, el mecanismo procesal para fijar el contenido de la fianza vendrá determinado, en primer lugar, por un acto de parte: el ofrecimiento, en la solicitud de medidas, de una caución por el importe que el actor considere oportuno y por cualquiera de los medios que se establecen en el artículo 387.1 (art. 380.3); y, en segundo término, por una posterior decisión judicial, en la que tras ponderar las pruebas practicadas en las actuaciones, las alegaciones de la parte demandada, los posibles perjuicios para esta parte, la capacidad económica del solicitante y la efectividad y disponibilidad de la caución ofrecida, se fije de manera clara y concreta la caución que debe prestar el demandante, especificando la forma, el tiempo y la cuantía de la misma (art. 385.2). Estos elementos quedan fijados en la resolución judicial de concesión de la medida cautelar y no pueden ser alterados por voluntad de la parte ni por decisión judicial sin acudir al incidente de modificación prevenido en el artículo 394 del CPC.

5. MODIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN CAUTELAR

Una vez concluidas las actividades del procedimiento cautelar, agotadas ya las posibilidades de recurso y de formular oposición, es posible aún modificar por diferentes causas las medidas adoptadas. La firmeza del auto sobre medidas cautelares no impide de manera absoluta la revisión de la situación cautelar y su modificación en sentido amplio, bien sea adoptando medidas donde antes se denegaron (art. 385.5), cambiando las ya adoptadas (por otras diferentes o por un distinto régimen), o alzándolas (arts. 394 y 395).

Las resoluciones sobre medidas cautelares adquieren firmeza lo mismo que

cualquier otra resolución (art. 195 del CPC), deviniendo entonces inmodificables e inatacables por efecto de la cosa juzgada (arts. 196 y 210 del CPC). Sucede, sin embargo, que si ha variado la realidad fáctica tenida entonces en consideración, la primitiva situación juzgada ya no es la misma que la actual. Nada impide, por tanto, su replanteamiento a la luz de nuevos hechos que constituyan una relación material distinta de la primitivamente decidida y que, en definitiva, no se encuentre afectada por la cosa juzgada material (art. 210.3 del CPC)⁽⁴⁸⁾. La Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.^a), en su auto 406/2005, de 27 de mayo, lo explica con claridad:

En relación con la aplicación de la institución de la cosa juzgada en las resoluciones sobre medidas cautelares, es preciso distinguir dos supuestos:

a) Una cosa es que, acordada o denegada por resolución firme una medida cautelar, se produzca un cambio en las circunstancias objetivas determinantes de la anterior resolución, supuesto en el que si existe una nueva petición de que se acuerde o de que se levante o de que se modifiquen las medidas, no podrá la parte contraria oponer la excepción de cosa juzgada, ni podrá el juez tenerla en cuenta de oficio, pero con base en que la causa de pedir es distinta, y, por tanto, que no concurren todas las identidades precisas.

En síntesis, cuando cambia el supuesto de hecho que sirvió de base para dictar una resolución cautelar firme, nada impide que la parte pida la adopción de la medida cautelar antes denegada, el alzamiento de la antes concedida y la modificación de la ya existente.

A este supuesto se refiere el artículo 736.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [*al igual que el artículo 385.5 del CPC hondureño*] cuando dice que aun denegada la petición de medidas cautelares, el actor podrá reproducir su solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición.

b) Supuesto distinto es el de que, existiendo una resolución firme que acuerda o deniega una medida cautelar, y sin que se produzca cambio alguno de las circunstancias, la parte pida bien que se acuerde, bien que se modifique o bien que se levante la medida. Manteniéndose la causa de pedir, la resolución firme anterior ha de desplegar los efectos de la cosa juzgada, y, en concreto, el efecto negativo, con lo que queda excluida una segunda resolución sobre el mismo asunto.

Esto es, la resolución firme que se pronuncia sobre medidas cautelares sí produce cosa juzgada, y esta podrá ser tenida en cuenta de oficio por el juez u opuesta por la otra parte, siempre que concurren las identidades normales que marcan los límites de la cosa juzgada.

Está en la esencia de la tutela cautelar su carácter dinámico y contingente; su condición mutable o variable en función de las circunstancias. Las medidas cautelares solo

(48) Carmen CHINCHILLA MARÍN, «La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo», en *El acto y el procedimiento*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 7/1992, CGPJ, Madrid, pág. 169, argumenta que «es perfectamente factible modificar la medida adoptada, a la luz del cambio de las circunstancias en las que se adoptó. Pero, en este caso no se estará revisando si fue o no correcta aquella primera apreciación, sino algo bien distinto. Se estará constatando que las circunstancias han variado y que eso exige modificar la decisión adoptada. En realidad, se trata de una nueva medida cautelar, la que solicita la otra parte a la luz de un cambio de circunstancias que pone de manifiesto bien que los derechos del demandante han dejado de correr peligro, bien que son los derechos del demandado los que ahora necesitan la protección cautelar, en sentido inverso al que se había establecido».

deben mantenerse en cuanto sean estrictamente necesarias para garantizar la efectividad y el cumplimiento de la sentencia. Por eso están sujetas al principio de variabilidad; la tutela cautelar está sometida, en fin, a la cláusula *rebus sic stantibus*. Téngase en cuenta que en el procedimiento cautelar no se enjuicia el derecho material litigioso, sino el peligro (presupuesto fáctico) que comporta la demora por la sustanciación de un litigio sobre el referido derecho material. Y ese peligro dependerá de las circunstancias concurrentes en cada momento a lo largo del proceso. De ahí que la aportación de hechos o circunstancias nuevas, que no pudieron tenerse en cuenta en la anterior resolución y que inciden sobre el mencionado peligro, permitan al tribunal replantearse la procedencia o no de la tutela cautelar, tal y como se prevé en los artículos 385.5 y 394 a 397 del Código Procesal Civil.

Pero, aun cuando nada hubiera dispuesto la ley al respecto, cabría igualmente la revisión de las medidas cautelares con base en su carácter instrumental y accesorio, y en la naturaleza fáctica de sus presupuestos⁽⁴⁹⁾. El Tribunal Constitucional español ha indicado claramente que, con independencia de que las leyes procesales prevean expresamente la posibilidad de replanteamiento o modificación de las decisiones cautelares, «toda medida cautelar puede, de oficio o a instancia de parte, ser levantada, de forma que es posible en cualquier momento replantear la procedencia o no de la suspensión decretada» (ATC 201/1992). En definitiva, concluye el auto citado, el carácter siempre revisable de las medidas provisionales adoptadas, (provisional y temporal), pudiendo estar expresamente previsto o no.

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

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

2) *Alteraciones en el proceso principal*. Las medidas son accesorias de un proceso principal: su función consiste en garantizar la efectividad de la pretensión que

(49) Véase José María RIFÁ SOLER, «Requisitos de las medidas cautelares...», en ob. cit., págs. 118-119.

se ejercita (arts. 356 y 357) y el cumplimiento de la sentencia que en el mismo recaiga (art. 350.1). Hemos de convenir, por tanto, que las alteraciones acaecidas en aquel proceso (singularmente las relativas a su terminación definitiva o firme), implican, al menos, una posibilidad de cambio en las medidas. Así, las resoluciones firmes que hayan concedido una medida cautelar estarán expuestas a las causas de extinción derivadas de su relación de instrumentalidad con el proceso principal. Ejemplo de ello es la regulación del levantamiento o modificación de las medidas como consecuencia del dictado de una sentencia absolutoria del demandado (arts. 395 y 396 del CPC).

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

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

Las medidas cautelares se adoptan o deniegan con fundamento en unas premisas fácticas, que constituyen los presupuestos sobre los que aquellas se asientan. Pero tales premisas (singularmente las relativas al peligro por la mora procesal) pueden alterarse a lo largo del proceso principal como consecuencia de circunstancias o hechos nuevos, sobrevenidos o desconocidos cuando se acordaron o se denegaron las medidas, que pueden afectar de modo relevante a la necesidad de las mismas. No se trata de volver a examinar los presupuestos fácticos que se tuvieron en cuenta para resolver inicialmente la tutela cautelar, sino de examinar otros nuevos y diferentes para decidir si, a la luz de estos últimos, procede modificar la situación cautelar anterior. Pues bien, el Código Procesal Civil permite que se enjuicie de nuevo la procedencia de las medidas a la luz de aquellos hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta a la hora de su adopción. La regulación aparece contemplada en los artículos 385.5 (cuando las medidas inicialmente hayan sido denegadas) y 394 (cuando las medidas hayan sido adoptadas).

a) Hechos o circunstancias sobrevenidas o de nuevo conocimiento

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 385.5, «*si fuere denegada la petición de medidas cautelares, se podrá reproducir la solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición*». Por su parte, el artículo 394

establece lo siguiente: «1. Si una vez adoptadas las medidas cautelares, sobrevinieren hechos nuevos o de nuevo conocimiento, podrá el tribunal, a instancia de parte, modificar el contenido de la medida acordada. 2. La solicitud de modificación de medidas cautelares será sustanciada y tramitada con arreglo al procedimiento previsto para la oposición».

Como se ve, el primero de los preceptos transcritos requiere un *cambio de circunstancias* como presupuesto para reproducir la solicitud de medidas que previamente haya sido denegada; mientras que el segundo exige que sobrevengan *hechos nuevos o de nuevo conocimiento* para que pueda fundamentarse una petición de modificación o alzamiento de las medidas ya adoptadas. En realidad, la exigencia en uno y otro precepto viene a ser la misma: que se produzca una alteración o cambio en la realidad fáctica que fue tomada en consideración a la hora de plantear la tutela cautelar⁽⁵⁰⁾.

a) *Nuevos hechos*. Así pues, la reproducción de la solicitud de una medida cautelar denegada debe fundarse en un *cambio de circunstancias* (fácticas); y la petición de modificación o de alzamiento de la misma, en *hechos nuevos*, sobrevinidos o desconocidos con anterioridad. Cualquier otro dato distinto de la afirmación de nuevos hechos carece por completo de eficacia para permitir un nuevo enjuiciamiento. En concreto, no puede pretenderse una nueva resolución aportando, simplemente, nuevos argumentos y razonamientos desarrollados sobre el material fáctico antiguo⁽⁵¹⁾.

Cuando hablamos de hechos o circunstancias nuevas lo hacemos en un sentido amplio, con referencia a todos los hechos o circunstancias que no pudieron ser tenidas en cuenta a la hora de decidir anteriormente sobre las medidas. Es decir, tanto a los hechos nuevos como a los que, aun no siéndolo, eran desconocidos al momento de resolver anteriormente sobre las medidas. El artículo 394.1 del CPC avala este planteamiento por cuanto alude expresamente tanto a los hechos nuevos sobrevinidos como a los de nuevo conocimiento. Por eso, el acento ha de ponerse, no tanto en la novedad cronológica del hecho, sino más bien en la imposibilidad de que haya podido alegarse con anterioridad. Desde esta perspectiva, también la referencia del artículo 385.5 del CPC al «cambio de las circunstancias existentes en el momento de la petición», incluye en su entendimiento no solo la aparición de nuevos hechos sino también la de hechos anteriores, pero desconocidos en el momento de la primitiva

(50) Todo cambio de circunstancias tiene que estar basado en la modificación de alguno de los hechos o situaciones que rodean a una persona o cosa, es decir, tiene que fundarse en algo que haya sucedido; y, precisamente 'hecho' es toda «acción u obra» y, también, «toda cosa que sucede».

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

petición⁽⁵²⁾. No parece objetable concluir que en tales casos se produce un cambio de las circunstancias en cuanto ahora se conocen y se pueden aportar unos hechos que anteriormente eran desconocidos y, por tanto, de imposible aportación.

En suma, el fundamento de una nueva pretensión cautelar incluye tanto los hechos nuevos como los acaecidos con anterioridad pero que han sido conocidos en un momento posterior⁽⁵³⁾. Por el contrario, no tendrán eficacia alguna para lograr la revisión de las medidas, los hechos y circunstancias que fueron alegadas o que pudieron serlo al tiempo de su concesión (si se otorgaron previa audiencia) o al formular oposición (si se adoptaron sin audiencia previa).

Para determinar si estamos ante un *hecho nuevo sobrevenido* hemos de concretar el momento preclusivo para su aportación al proceso cautelar. Debemos distinguir al efecto entre las medidas cautelares acordadas con o sin audiencia previa. En el primer caso, hechos o circunstancias nuevas serán todas aquellas acaecidas con posterioridad a la audiencia del artículo 384 del CPC. En el caso de haberse adoptado sin audiencia previa, la modificación de las medidas podrá fundamentarse en los hechos sucedidos con posterioridad a la adopción de la propia medida, si bien precisando que los hechos ocurridos hasta que el demandado formula su oposición (art. 390 del CPC) podrán utilizarse, indistintamente, como motivos de oposición a la medida ya adoptada o como fundamento de una modificación de las medidas⁽⁵⁴⁾.

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

(53) Precisamente por ello, el replanteamiento de la tutela cautelar, ya acordada con carácter firme en una resolución previa, no supone vulneración alguna de la cosa juzgada. No se revisa el anterior enjuiciamiento, sino que se efectúa uno nuevo a la luz de nuevos hechos que aún no han sido juzgados. Obsérvese que, conforme a lo dispuesto por el artículo 210.3 y 7 del CPC, no integran la cosa juzgada ni los hechos nuevos ni los que no se hubieran podido alegar con anterioridad.

(54) Recuérdese lo expuesto a la hora de tratar la oposición a las medidas acordadas *inaudita parte*. Manteníamos allí que el demandado podía fundamentar la improcedencia de la medida adoptada sin oírle, en los hechos sucedidos entre la adopción de la medida y su oposición a la misma. Aunque la aportación de hechos sobrevenidos al momento en que se acuerdan las medidas es propia del incidente de modificación (art. 394.1 del CPC), sería completamente absurdo e ilógico obligar al demandado a reservarlos para el planteamiento de un nuevo incidente (el de modificación y alzamiento) cuando puede hacerlos valer en el procedimiento de oposición sin merma alguna del derecho de defensa de la parte contraria (el procedimiento de oposición y el de modificación son idénticos: art. 394.2 del CPC) y con asidero en el principio de economía procesal (art. 8 del CPC).

La parte que pretende la modificación de una medida con fundamento en hechos nuevos o de nueva noticia tiene la carga no solo de probar la realidad de tales hechos, sino también de acreditar que no pudieron ser alegados con anterioridad para su valoración en el momento de adoptar las primitivas medidas. No basta con afirmar que se ha tenido conocimiento de un hecho con posterioridad a la resolución de la tutela cautelar; hay que probar tal circunstancia (véase lo dispuesto con carácter general en el art. 241.2 del CPC).

En opinión de CARRERAS LLANSANA, el fraude de ley sería motivo suficiente para dar lugar al alzamiento de la medida cautelar adoptada, cuando el peticionario de la misma, luego de conseguida, demostrara con sus actos que tenía la intención fraudulenta de dilatar el proceso para gozar de la situación ventajosa que le proporciona la cautela, poniendo de manifiesto que deseaba su obtención por sí misma y no para asegurar la efectividad de la sentencia⁽⁵⁵⁾. Un comportamiento como el descrito sería contrario a los principios de buena fe y de conducta procesal adecuada (art. 6 del CPC). Esta situación habría de ser tratada como un hecho nuevo o de nuevo conocimiento; y, de alzarse o modificarse por ello las medidas, la condena en costas al actor y el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, tendrían su justificación –además de en la normativa específica sobre medidas cautelares– en el artículo 6.3 del Código Procesal Civil, como sanción por abuso del derecho de acción.

b) Nuevos acreditamientos. Cabe preguntarse si, entre el material fáctico nuevo se encuentran solo las alegaciones de hecho o podemos también incluir los medios para su acreditamiento. Dicho de otro modo: ¿podría fundamentarse la nueva petición sobre medidas cautelares en nuevos acreditamientos, aunque estén referidos a hechos no nuevos, ni desconocidos, e incluso ya precedentemente alegados? La doctrina alemana considera mayoritariamente que con simples nuevos medios de acreditamiento, siempre que no hubieran podido ser utilizados en la actividad procesal anterior, puede pretenderse una nueva resolución sin que se oponga a ello la cosa juzgada⁽⁵⁶⁾. Se argumenta al respecto que la urgencia del procedimiento no permite reunir el material

(55) Jorge CARRERAS LLANSANA, «Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, págs. 493-494.

(56) Véase Manuel ORTELLS RAMOS, «Las medidas cautelares», en *Proceso civil práctico*, ob. cit., tomo VIII, pág. 1457. Acerca de si encajan o no en la norma los medios de prueba no utilizados oportuna y tempestivamente, la doctrina española se encuentra dividida. En contra de esta posibilidad se pronuncia Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, «Artículo 1.252», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo García), Edersa, Madrid, 1981, tomo XVI-2, pág. 661, cuando escribe: «los argumentos y pruebas no proporcionados en el proceso concluido, quedan excluidos del proceso ulterior por venir cubiertos por la cosa juzgada». A favor, María Pía CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, cit., págs. 266-268; y Juan Manuel ALONSO FURELOS, «Nuevas perspectivas sobre el proceso cautelar», en *Justicia*, 1990-II, pág. 372.

probatorio con el mismo cuidado que en el proceso ordinario, de manera que la preclusión no debe actuar con idéntico rigor.

La cuestión es dudosa en el derecho hondureño pues, si bien por un lado parece que el legislador solo acepta *hechos* nuevos o de nuevo conocimiento, y no nuevos acreditamientos, para permitir un nuevo enjuiciamiento sobre una medida cautelar acerca de la cual ya existe un pronunciamiento firme (art. 394.1), por otra parte, para reproducir una petición de medidas denegadas, el legislador exige *cambio de circunstancias* (art. 385.5), lo que podía dar lugar a que también los acreditamientos nuevos o descubiertos con posterioridad al momento procesal de la primera petición, integrasen esa exigencia. Al fin y cabo, la aparición de nuevas pruebas puede razonablemente considerarse como un cambio relevante respecto de las circunstancias existentes en el momento de la anterior petición.

Como se ve, hay argumentos a favor y en contra. La posibilidad de un nuevo enjuiciamiento en estos casos, podría justificarse aceptando un amplio entendimiento no solo de los términos *cambio de circunstancias*, sino también de *hechos nuevos o de nuevo conocimiento*; entre estos últimos estaría la aparición de nuevos acreditamientos o pruebas. A favor de esta postura cabe argumentar que en el proceso principal –del que, según el CPC (art. 386.1), el procedimiento cautelar es un incidente– hay excepciones a la preclusión que permiten aportar medios de prueba nuevos o de nuevo conocimiento, incluso para que en apelación se revise la cuestión de fondo (art. 710 del CPC). En contra puede traerse a colación que el artículo 210 del CPC excluye de la cosa juzgada los *hechos* posteriores a la preclusión de los actos de alegación en el proceso correspondiente (numeral 3) y también los *hechos* que no pudieron alegarse (numeral 7), pero no excluye las *fuentes de prueba* que estén en esa misma situación; es decir, habría que aplicar la cosa juzgada para los nuevos acreditamientos referidos a hechos que ya fueron alegados y sopesados al resolver sobre la inicial solicitud cautelar.

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

En este sentido, los hechos nuevos alegados como fundamento de la modificación deben tener la eficacia de enervar o desvirtuar decisivamente los hechos que se tomaron en cuenta para la adopción de la cautela, concretamente, los referentes al *periculum in mora*⁽⁵⁷⁾.

b) Procedimiento

⁽⁵⁷⁾ José María RIFÁ SOLER, «Requisitos de las medidas cautelares...», en ob. cit., págs. 121-122.

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

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

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

c) *Improcedencia del recurso de apelación para obtener la modificación de la medida mediante la alegación de hechos nuevos.* Por lo demás, no es factible la sustitución de la vía del artículo 394 CPC por el recurso de apelación interpuesto contra el auto decisorio de las medidas. Si con posterioridad al dictado del auto por el que se adopta una medida cautelar surgen los presupuestos a los que se refiere el artículo 394.1, no pueden hacerse valer pretendiendo la modificación de las medidas a través del recurso de apelación. El tribunal *ad quem*, cuando resuelve una apelación, asume la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el juez *a quo* (STC 272/1994); la apelación permite un *novum iudicium* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de derecho o de hecho, valorando las pruebas practicadas en primera instancia y revisando la ponderación que de ellas haya efectuado el juez *a quo* (STC 21/2003). Es verdad que la introducción de hechos nuevos, relevantes para la decisión del pleito, no se agota en la primera instancia (art. 431.1); también es posible, excepcionalmente, alegar y practicar prueba sobre hechos relevantes acaecidos con posterioridad a la

apertura del plazo para dictar sentencia en primera instancia [art. 712.2.d) del CPC]. Ello es así porque, respecto del proceso principal no hay otro modo de hacer valer nuevos hechos relevantes para la resolución del mismo. Pero, en el caso de la tutela cautelar no podemos perder de vista que hay unos procedimientos específicos para hacer valer estos hechos nuevos o de nuevo conocimiento tanto en el caso de las medidas hubieran sido inicialmente denegadas (arts. 383.2 y 384) como si se hubiesen acordado (arts. 394 y 392), y a ellos precisamente habrá que acudir.

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

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

a) Sentencia estimatoria firme

En este supuesto las medidas se transforman, a petición de la parte ejecutante (art. 757 del CPC), en actos de ejecución definitiva de la sentencia⁽⁵⁸⁾, siempre que sean compatibles con el objeto de la condena. Resulta evidente que la apariencia de buen derecho queda reforzada y por ello no es preciso el alzamiento de la medida cautelar acordada mientras no se inicie la ejecución de la sentencia presentando la solicitud a la que se refiere el artículo 757 del CPC. Durante este período, las medidas cautelares siguen cumpliendo su función, esto es, garantizar la ejecución de la sentencia firme favorable al demandante; ahora con mayor razón, pues ya existe un pronunciamiento firme de condena y de ahí que deban de mantenerse mientras no sean sustituidas por las medidas de ejecución definitivas.

Con todo, las cautelas no pueden tener una vigencia *sine die*, ya que es consustancial a su naturaleza la nota de temporalidad. Por ello, si el actor no insta la

(58) Téngase en cuenta que el mandamiento de ejecución (art. 760 del CPC) deberá precisar las actuaciones que procede acordar, entre las que bien puede encontrarse la mutación de las cautelas en medidas de ejecución.

ejecución, entran en juego dos mecanismos procesales: por un lado, la caducidad de la medida sigue su curso y operará una vez transcurrido el plazo de los tres años a que se refiere el artículo 397 del CPC; por otra parte, si el comportamiento inactivo del demandante se fundamenta en intereses bastardos, la parte demandada podría solicitar la modificación o alzamiento de la medida con fundamento en un hecho o circunstancia nueva: la utilización abusiva del proceso por el actor (art. 6 del CPC).

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

La sentencia estimatoria firme incide también sobre las cauciones. Se procederá a la devolución de la fianza prestada por el actor; por lo que respecta a la caución sustitutoria prestada por el demandado, solo se devolverá si se activa la medida sustituida reconvirtiéndola en medida de ejecución.

b) Sentencia estimatoria no firme

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

c) Sentencia absolutoria firme

Tras el dictado de una sentencia absolutoria firme, las consecuencias respecto al

régimen de las medidas adoptadas son claras: debe restituirse al demandado en todos sus bienes y derechos afectados por las medidas cautelares. Concluido el proceso con la absolución del demandado desaparece el objeto de tutela cautelar: la efectividad de una eventual sentencia estimatoria. Las medidas adoptadas carecen ya de eficacia y utilidad. Por todo ello, independientemente que la absolución sea en el fondo o en la instancia, se alzarán de oficio todas las medidas cautelares y se iniciarán los trámites para la liquidación de los daños y perjuicios. Así está previsto en el artículo 396.1 del CPC:

Cuando la sentencia absolutoria fuera firme, el tribunal dejará sin efecto inmediatamente y de oficio todas las medidas cautelares adoptadas, debiendo el demandante pagar las costas y gastos del proceso cautelar, a pedido de parte, y podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, si se prueban los perjuicios producidos por la medida cautelar.

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

1) *Alzamiento de las medidas.* El mismo tribunal que dicte la sentencia absolutoria firme (Juzgado de Letras, Corte de Apelación o Corte Suprema de Justicia) será quien decrete el alzamiento de las medidas ya que solo dicho tribunal puede hacerlo «inmediatamente», tal y como exige el artículo 396.1 del CPC. La orden de alzamiento puede integrarse en la misma sentencia o en resolución independiente. No obstante, lo más habitual será que se acuerde en una resolución diferente de la sentencia que pone fin al proceso. Y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, porque todas las sentencias absolutorias dictadas en primera instancia son susceptibles de ser recurridas en apelación (art. 707 del CPC) y, las sentencias dictadas en apelación, salvo alguna excepción, pueden ser recurridas en casación (art. 717 del CPC). Quiere decirse con ello que la sentencia dictada en primera o segunda instancia no podrá contener el pronunciamiento de alzamiento de las medidas salvo que, directamente, devenga firme.

En segundo lugar, porque puede ser que el proceso no finalice por sentencia, sino por auto de inadmisión del recurso de casación que se hubiere interpuesto (art. 723.2 del CPC).

En cualquier caso, el tribunal que alce las cautelas deberá concretar las

actuaciones que hayan de llevarse a cabo para que desaparezcan por completo los efectos de la cautela.

2) *Indemnización de daños y perjuicios*. La resolución del alzamiento de las medidas no siempre acordará la inmediata devolución de la fianza al solicitante, pues esta quedará afecta, en su caso, a la responsabilidad por daños y perjuicios (art. 386.1 del CPC). La indemnización se pedirá ante el tribunal de primera instancia (competencia funcional), quien resolverá el incidente, previo traslado por tres días a la parte contraria (art. 396.2 del CPC). Llama la atención la dejadez del legislador a la hora de regular el trámite de este incidente sobre liquidación de daños y perjuicios. Tan solo prevé la audiencia de la parte contraria por plazo de tres días y la carga del solicitante de probar los perjuicios producido por la medida cautelar. Contrasta esta ausencia de regulación con la prevista para la liquidación y exacción de los daños y perjuicios cuando, tras la oposición del afectado, se alza la medida cautelar adoptada sin audiencia, pues en estos casos se remite a lo dispuesto en la ejecución forzosa (art. 393), esto es, al artículo 884. Hubiera sido mejor que el legislador se limitase a establecer un mismo régimen para la reclamación de los daños y perjuicios causados por las medidas, remitiéndose en todos los casos al trámite dispuesto en el artículo 884.

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

3) *Costas*. La medida o medidas cautelares se habrán adoptado, en su momento, imponiendo las costas al demandado que se opuso (art. 385.4 en relación con el 219, ambos del CPC). Pero, tras el dictado de una sentencia absolutoria firme, ha quedado patente que no había realmente derecho alguno merecedor de cautela. Por ello, el demandado puede ahora reclamar todos los gastos y costas que haya tenido que afrontar a lo largo del proceso cautelar, incluidas aquellas a las que fue inicialmente condenado por oponerse a las medidas.

d) Sentencia absolutoria no firme

Esta es la situación que regula el artículo 395.1 del CPC:

Dictada la sentencia absolutoria, aun cuando ésta no fuera firme, acordará el tribunal el inmediato levantamiento de las medidas cautelares adoptadas salvo que el demandante, manifestando la intención de recurrir, peticionara su mantenimiento o modificación. En tal caso el tribunal, oída la parte contraria y atendidas las circunstancias del caso, resolverá lo procedente.

La regla general ante una sentencia absolutoria, tanto en el fondo como en la instancia, aunque no sea firme, es el alzamiento de oficio de las medidas, salvo que el recurrente solicite su mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta porque va a recurrir. La solución tiene toda su lógica si se considera que con esa sentencia ha desaparecido o, al menos, se ha visto ostensiblemente debilitado uno de los presupuestos básicos para la adopción de las medidas cautelares, como es la apariencia de buen derecho. En fin, como pone de relieve el auto 9/2006, de 13 de enero, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19), «una vez desestimada la demanda en virtud de la cual se acordó la medida cautelar la misma se debe de alzar, no obstante, la ley también permite su mantenimiento, de forma excepcional, cuando la sentencia es recurrida y concurren circunstancias excepcionales».

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

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

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

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

cautelar distinta las medidas no podrán ser alzadas hasta que el tribunal decida.

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

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

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

e) Sentencia parcialmente estimatoria

Otra especialidad que prevé el Código se encuentra en el artículo 395.2:

Si la sentencia estimare parcialmente la pretensión del demandante, el tribunal resolverá sobre el mantenimiento, modificación o levantamiento de las medidas con audiencia de las partes.

Es una regla razonable dado que coexisten pronunciamientos de condena sobre algunas de las pretensiones de la demanda con otros absolutorios sobre otras peticiones del actor. No es posible, por tanto, acudir a un criterio único sino que habrá que atender a la relación de la medida cautelar con el concreto contenido objeto de condena o absolución. Por ello, debe el tribunal tomar la iniciativa en estos casos y, de oficio, oír a las partes en una audiencia señalada a la mayor brevedad posible (entre 3 y 5 días sería un plazo razonable) para que se manifiesten sobre las medidas cautelares adoptadas y

sus posibles modificaciones derivadas de la sentencia que se ha dictado. Tras esta audiencia, en la que habrían de concentrarse todas alegaciones y, en su caso, la prueba, el tribunal debe de dictar resolución (auto) pronunciándose sobre el mantenimiento, modificación o revocación de las medidas o sus condiciones. Como pauta interpretativa a la hora de resolver, podría servir lo señalado en los apartados anteriores, en función del contenido absolutorio o condenatorio de las correspondientes pretensiones.

f) Terminación anormal del proceso

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

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

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

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

La *transacción judicial* (art. 486) es título ejecutivo en base al cual puede dictarse el despacho de ejecución y consiguiente apremio (arts. 488, 747 y siguientes). La solución en estos casos puede ser la siguiente: si las cautelas adoptadas garantizan

alguno de los acuerdos que se plasman en el convenio transaccional, aquellas se mantendrán, salvo expresa disposición en contra de las partes, hasta su reconversión en medidas ejecutivas (se equiparan sus efectos a los de una sentencia firme estimatoria); y respecto de las medidas cautelares que no guarden conexión con la transacción lograda, se procederá a su alzamiento⁽⁵⁹⁾.

El *abandono del proceso* (arts. 489 y ss.) supone la paralización del proceso por total inactividad procesal durante 1 año, si el asunto estuviese en la primera instancia, o 6 meses si lo fuere en segunda instancia. El abandono del proceso se declara mediante auto (art. 489.2) y tendrá como efecto, en lo que aquí interesa, el cese inmediato de las medidas cautelares (art. 492.1). Si el abandono se produce en segunda instancia o en el recurso de casación, la sentencia impugnada se tendrá por firme (art. 492.2), de manera que, respecto de las medidas cautelares que se hubieren adoptados habrá que actuar según que tal firmeza se refiere a una sentencia absolutoria o estimatoria, en los términos vistos con anterioridad.

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

g) Caducidad de la medida cautelar

La caducidad de la medida cautelar aparece recogida en el artículo 397 del CPC:

Toda medida cautelar caduca a los tres años contados desde la fecha de su ejecución. Si el proceso principal no hubiera concluido, puede el juez, a pedido de parte, disponer la reactualización de la medida.

Estamos en presencia de la norma de cierre del sistema de alzamiento de las medidas cautelares establecido en el Código. La singularidad de la misma radica en que, a pesar de la instrumentalidad de la medida cautelar en relación con el proceso principal, en este caso su vigencia se pone en relación con el mero transcurso del tiempo, y no con los acontecimientos procesales. Así, la medida cautelar caducará una vez que hayan transcurrido tres años desde la ejecución de la misma, con independencia del estado en

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

el que se encuentre el proceso principal y de su conclusión o no. Al ser un plazo de caducidad debe ser apreciado de oficio por el tribunal sin necesidad de expresa petición de parte; en cualquier caso, ante la inactividad del órgano judicial, podría ser instada su aplicación por el afectado por la medida.

En todo caso, con el fin de evitar el peligro de demora procesal derivado de la extensa duración del procedimiento principal, bien en primera instancia o bien en fase de recursos, el citado artículo 397 establece una cláusula de salvaguarda: a instancia de parte, en este caso del actor, puede el juez «reactualizar» la medida. No se entiende muy bien qué es lo que ha querido decir el legislador con estos términos. Su significado gramatical es el de poner de nuevo al día la medida⁽⁶⁰⁾ y, por consiguiente, su reactualización puede abarcar tanto la confirmación en idénticas condiciones a las que ya tenía, como la posible modificación de la medida o de alguna de sus características o de la propia caución. Para ello será preciso, aun cuando la ley no lo diga expresamente, la audiencia de las partes personadas en las actuaciones, con carácter previo a la resolución que se dicte reactualizando la medida cautelar.

Tampoco nos dice el legislador si la reactualización ha de pedirse antes de que transcurra el plazo de los tres años señalado en el artículo 397 o después. LARROSA AMANTE⁽⁶¹⁾ sostiene, con buena lógica, que la solicitud del actor deberá realizarse con anterioridad a que transcurra el plazo de caducidad, pues carecería de sentido hacerlo una vez que la medida cautelar ya ha sido dejada sin efecto de oficio por el tribunal; eso sí, sin perjuicio de poder solicitar el actor la adopción de una nueva medida cautelar. Este planteamiento tiene, además, la ventaja de que, al resolver la reactualización de la medida antes de que esta quede sin efecto por la caducidad, su función de garantía no se interrumpe en ningún momento. Sin embargo, a mi juicio, la ambigüedad del legislador permite también defender que la petición pueda hacerse con posterioridad a la declaración de caducidad ya que, lo que parece haberse establecido aquí es una especie de reconsideración sobre si, pese al transcurso de tres años desde la ejecución de la medida (lo cual exige que ya hayan pasado esos tres años), sigue siendo necesaria la medida cautelar hasta entonces en vigor, en los mismos términos en que estuvo vigente o con alguna modificación.

6. CAUCIÓN SUSTITUTORIA

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

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

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

Independientemente de la denominación que se le dé, la caución sustitutoria no deja de ser una medida cautelar (una fianza, al fin y cabo, prestada por el afectado). En efecto, con ella se pretende sustituir la medida judicialmente adoptada por otra distinta que sea menos gravosa para el demandado, pero igualmente eficaz para garantizar la pretensión del solicitante (arts. 354.1 y 357), cumpliendo así la función propia de la tutela cautelar. Aun cuando la caución sustitutoria no está descrita entre las medidas cautelares específicas del artículo 355, sí podría ser considerada como integrante de la potestad cautelar general a la que se refiere el artículo 356. Su naturaleza de verdadera medida cautelar comporta que deban aplicarse las notas características de las cautelas (instrumentalidad, temporalidad, provisionalidad y accesoriedad), quedando sujeta a su alzamiento y modificación en los términos regulados en los artículos 394 a 396 del CPC.

A) Momento para solicitarla

La solicitud para prestar caución sustitutoria solo viene regulada en el artículo 391, dentro del trámite de oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia de parte, en los siguientes términos:

- 1. En el escrito de oposición, podrá el demandado ofrecer caución para garantizar los eventuales perjuicios que puedan derivarse del levantamiento de la medida y para garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare.*
- 2. El juez decidirá sobre la forma y cuantía de la caución, atendidas las circunstancias concretas del caso, siendo de aplicación lo establecido sobre régimen de la caución en este Título.*

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

- 1. En el acto de la audiencia convocada para sustanciar la solicitud de medidas cautelares.* El artículo 384.2 permite a las partes exponer en ese acto todo lo que a su derecho convenga y, no cabe duda, de que al derecho del afectado le puede convenir prestar una caución para impedir que se adopte la medida cautelar instada por el actor. El debate previsto en el artículo 384.2 no limita la actuación del demandado a

cuestionar exclusivamente la admisibilidad de las medidas cautelares, sino que podrá también extender su defensa a otros aspectos como la caución que haya de prestar el actor, o la existencia de alternativas menos gravosas para el propio demandado entre las que puede incluir la oferta de caución sustitutoria. Sobre todas estas cuestiones, el demandante también podrá opinar en la misma audiencia que se celebre. A estos efectos, el juez o tribunal habrá de conceder los necesarios trámites de réplica y contrarréplica para el actor, cuando el demandado pretenda enervar la cautela mediante la prestación de caución sustitutoria.

Tendrá que ser el afectado quien introduzca en el debate su oferta al respecto (sobre importe y tipo de caución); y tendrá igualmente la carga de justificar la procedencia de la sustitución de las medidas que, en este caso, aún no se han adoptado. Si, finalmente, el tribunal decidiera aceptar una caución sustitutoria, las medidas solicitadas por el actor no se adoptarían o podrían adoptarse condicionando su vigencia a la prestación de la caución⁽⁶²⁾.

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

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

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

B) Criterios para acordarla

⁽⁶²⁾ El auto judicial podría contener, en su parte dispositiva, un pronunciamiento del siguiente tenor: «Ordeno, como medida cautelar, el embargo preventivo de..., que podrá sustituirse, en el plazo de... días, por la prestación de una caución por el demandado, en alguna de las formas previstas por el artículo 387 del Código Procesal Civil, por importe de... lempiras».

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

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

2. *La naturaleza y contenido de la pretensión de condena.* Si la pretensión actora tiene contenido económico, no cabe duda de que una caución sustitutoria garantiza la efectividad y el cumplimiento de la sentencia que pudiera recaer. La homogeneidad entre caución sustitutoria y pretensión del demandante facilita la sustitución. El problema se da en los casos en que no exista una *patrimonialización* del derecho vulnerado, como sucede en materia de estado civil y capacidad de las personas, en el ámbito de los derechos fundamentales (por ejemplo, en los supuestos de lesión del derecho al honor, a la intimidad personal o propia imagen) o en materia de propiedad intelectual; en estos supuestos, sobre todo si la medida cautelar tiene naturaleza anticipatoria, la regla será denegar la caución sustitutoria por ineficaz. Dicho de otro modo: toda vez que la tutela pretendida puede ser de contenido específico (hacer personalísimo, no hacer, entregar cosa determinada), si en estos supuestos se admitiera una caución sustitutoria se estaría desnaturalizando su finalidad puesto que, si bien garantizaría el cumplimiento de la sentencia en el aspecto de prestación económica, no lo haría en lo relativo a la obligación u obligaciones específicas objeto de condena⁽⁶³⁾.

⁽⁶³⁾ Por ejemplo, si la parte actora pretende que se le entregue un determinado bien mueble, una medida cautelar adecuada sería la del secuestro del mismo (art. 355.4 del CPC); con ello se garantizaría sin duda el cumplimiento de la sentencia si fuere estimatoria (la puesta en posesión de la cosa: art. 881.1 del CPC), mientras que la sustitución de la medida por una caución dineraria no garantizaría la entrega del bien al actor una vez dictada sentencia sino, a lo sumo, su sustitución por una indemnización de daños y perjuicios (véase el art. 881.2 del CPC). Otro tanto sucedería en caso de pretensiones relativas a la propiedad intelectual consistentes en la retirada de una obra literaria plagiada; la medida cautelar

3. *Los efectos colaterales que la medida cautelar pueda ocasionar sobre la actividad patrimonial y económica del demandado.* Debe tenerse en consideración si la medida cautelar solicitada restringe o dificulta la actividad patrimonial y económica del afectado, de modo grave y desproporcionado respecto del aseguramiento que aquella medida representaría para el solicitante. Se trata de mantener el equilibrio entre la cautela adoptada y el menor perjuicio para el afectado, atendiendo conjuntamente a los principios de proporcionalidad y adecuación a que se refieren los artículos 354.1 y 357 del CPC. La desproporcionalidad justificaría la aceptación de una caución sustitutoria en supuestos tales como, por ejemplo, aquellos en los que la medida cautelar afecte gravemente derechos de terceros (laborales o de otra índole) o pueda desembocar en una innecesaria crisis económica del demandado. Hemos de tener en cuenta que las cautelas nunca han de convertirse en medidas que dañen irreparablemente y de forma extremada el patrimonio del deudor cuando puedan ser sustituidas, con la misma eficacia garantista, por una caución a cargo de este último.

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

C) Forma y cuantía

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

7. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

adecuada sería el depósito temporal de los ejemplares de la obra (art. 355.9 del CPC), mientras que una caución dineraria por parte del demandado serviría para legitimar la continuación de la actividad que se reputa ilícita en la demanda, pero no para asegurar el efectivo cumplimiento de una sentencia estimatoria.

A) Responsabilidad objetiva del solicitante

El artículo 393 CPC establece lo siguiente:

Cuando se admita la oposición del demandado y 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, ligada al hecho de alzamiento de la medida sin caución sustitutoria y al daño producido por su adopción. No requiere la concurrencia de culpa de ningún tipo en la conducta del solicitante, a diferencia de lo que sucede en el régimen general de responsabilidad extracontractual (art. 2236 del Código Civil).

El fundamento de la responsabilidad del solicitante se halla en la ilicitud (civil) de la medida acordada. Por ello, la consecuencia de tal actuación, que se adopta bajo la responsabilidad del deudor (art. 350.2 del CPC), no es otra que la obligación de satisfacer los daños y perjuicios causados. Téngase presente que la tutela cautelar no es sino una forma excepcional de protección de intereses en que el examen de sus presupuestos se realiza de forma provisional y condicionada basada en una apariencia o verosimilitud del derecho con un margen de error que debe ser asumido por el solicitante. Es el «precio de la rapidez», con independencia de que el hecho de acudir a la «vía rápida» fuera o no un comportamiento negligente del solicitante. Lo explica bien la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), en su sentencia de 30 de abril de 1991:

La cuestión fundamental en materia de indemnización de daños y perjuicios derivados de la ejecución de medidas cautelares es la referente a si basta para el nacimiento de la obligación reparatoria, que deriva de responsabilidad extracontractual, la mera imputabilidad objetiva del menoscabo patrimonial ocasionado o es exigible, además, que quepa calificar como culposa la actuación de la parte que instó la adopción de dichas medidas; frente a la postura subjetivista de quienes, aun admitiendo la dificultad de distinguir la imputabilidad y la culpabilidad en el caso de que el proceso termine por sentencia absolutoria, afirman que no hay responsabilidad sin culpa y que esta queda excluida si la pretensión principal tenía razonable perspectiva de éxito y el actor llevó a cabo una actividad procesal medianamente diligente, la mayor parte de la doctrina estima que debe entenderse concurrente la culpa o negligencia, con presunción que es prácticamente *de iure*, cuando el demandante instó y logró la adopción de una medida cautelar de contenido anticipador de una ejecución a la que, según luego se ha visto, no tenía derecho por no ser estimables las pretensiones contenidas en la demanda, solución que acepta la Sala por ser la más justa, ya que es conforme al principio *eius commoda, eius incommoda*, que restablezca al perjudicado en su integridad patrimonial quien en su propio beneficio obtuvo la toma de una cautela que en definitiva ha resultado ser injustificada.

Esta norma sobre responsabilidad objetiva no es aplicable en los siguientes supuestos:

a) Cuando la oposición sea estimada en lo concerniente al régimen de la medida (sin llegar a su alzamiento) o en lo tocante a la caución que haya de prestar el solicitante.

b) Cuando el alzamiento de la medida sea consecuencia de la prestación de caución sustitutoria por el afectado. En tales casos, no se está negando el fundamento de la medida cautelar, sino que se está sustituyendo por otra modalidad de garantía.

B) Supuestos

El artículo 393 del CPC prevé la indemnización de daños y perjuicios en relación exclusivamente con los supuestos de alzamiento de las medidas como consecuencia de la oposición formulada por el deudor. Sin embargo, los daños y perjuicios no solamente se causan si resulta estimada la oposición formulada y se levantan las medidas, sino también cuando las cautelas acordadas hayan resultado inútiles por no responder a su naturaleza instrumental derivada del proceso de declaración del que son accesorias. En esta materia rige el principio general de que las cautelas se adoptan bajo la responsabilidad del solicitante (art. 350.2 del CPC). De ahí que la posibilidad de reclamación se proyecte a todos los supuestos de alzamiento de las medidas, bien sea por no presentación de la demanda dentro del plazo de diez días (art. 352 del CPC) o por dictarse sentencia absolutoria firme (art. 396 del CPC).

C) Contenido

El artículo 393 CPC solo alude, genéricamente, a la posibilidad de reclamar la oportuna indemnización de los daños y perjuicios, sin precisar cuáles han de ser los conceptos que pueden incluirse en la petición. Por lo pronto hay que descartar que incluya las costas; estas tienen su mención singular en los artículos 385.4, 392.2 y 396.1 del CPC y, aun cuando estén igualmente garantizadas por la caución (art. 386.1 del CPC), responden a finalidades diferentes (las partidas que integran las costas están previstas en el artículo 218 y el procedimiento para su tasación se regula en los artículos 222 y ss. del CPC).

La indemnización de daños y perjuicios alcanza la reparación integral de los sufridos, en un intento de neutralizar al máximo las consecuencias perjudiciales. Estos abarcan no solamente los perjuicios directos que la medida haya causado sino cualesquiera otros que, aun cuando sean indirectos, se deriven de la ilicitud de la

cautela, adoptada bajo el prisma de la responsabilidad objetiva *ex lege* impuesta por la norma.

Para ello habrá de justificarse el nexo causal (relación causa-efecto) existente entre la cautela adoptada y los daños y perjuicios ocasionados, y también el montante de la cuantía indemnizatoria, determinada conforme el procedimiento de liquidación establecido en el procedimiento de ejecución forzada (arts. 393 y 884 del CPC). El *quantum indemnizatorio* integra los daños patrimoniales y también los morales. En los patrimoniales se tendrá 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 calculados en relación a los beneficios medios obtenidos precedentemente) como los desembolsos realizados para evitar mayores consecuencias negativas en su patrimonio (así, por ejemplo, la adquisición de otros artefactos o bienes cuando quedaron sujetos a un embargo preventivo o depósito, e incluso las costas impuestas en los incidentes previos, caso de que hubieran corrido a cargo del demandado). En cuanto al daño moral, éste puede comprender la falta de credibilidad comercial o personal.

D) Procedimiento

El cauce procesal para que se declaren y ejecuten los daños y perjuicios es el previsto para la ejecución forzosa en el artículo 884 del CPC. La remisión a este procedimiento se ha hecho aprovechando el trámite de oposición a las medidas acordadas *inaudita parte*, lo cual es incorrecto desde el punto de vista sistemático, toda vez que este procedimiento para la liquidación de los daños y perjuicios es también aplicable a otros supuestos. Así, por ejemplo, cuando el alzamiento de las medidas se debe a la falta de presentación temporánea de la demanda (art. 352 del CPC), o al dictado de una sentencia absolutoria firme (art. 396.1 del CPC), habrá que acudir a la aplicación analógica, teniendo en cuenta, sin embargo, que el último precepto citado, en su párrafo segundo, se establece un traslado a la parte contraria por 3 días, en vez de los 10 previstos en el artículo 884.2 del CPC.

En la estructura del procedimiento de liquidación tiene cabida la discusión y prueba, primero, de la propia existencia de los daños y perjuicios y, después, de su valoración.

La competencia para resolver este incidente se residencia en el tribunal de primera instancia. Se inicia a instancia de parte. La presentación del escrito de solicitud no está sometida a un plazo procesal, por ello la caución prestada para responder de los daños y perjuicios no puede ser cancelada mientras el derecho a la indemnización pueda ser exigido y no haya prescrito.

Con su solicitud, el reclamante deberá acompañar relación detallada de los distintos conceptos, con su respectivo importe, y con las justificaciones o informes que considere procedentes. En este escrito se habrán de proponer, con carácter preclusivo, las pruebas de que intente valerse para el caso de que el deudor se oponga a la liquidación y se derive el incidente a los trámites del proceso abreviado (cfr. art. 583.3 del CPC).

De todo ello se da traslado a la parte contraria, por plazo de 10 días (3 días, si se trata del supuesto del art. 396.1 del CPC). Las posibilidades que se abren a continuación son las siguientes:

1. Conformidad expresa con la liquidación: El juez la aprueba y ordena su ejecución con arreglo a lo dispuesto para la ejecución dineraria en los artículos 803 y siguientes del CPC.

2. Conformidad tácita con la liquidación. Se produce *ex lege* ante el silencio del acreedor o ante una contestación sin oposición concreta (por ejemplo, cuando en el escrito de oposición se limita a decir que se opone, sin más, a la realidad de los daños y perjuicios o a su liquidación). El juez procederá igual que si se hubiera producido una conformidad expresa.

3. Oposición motivada a la liquidación. El juez dará curso a la oposición mediante su entrega al solicitante y continuará la tramitación del incidente por el procedimiento abreviado (arts. 585 y ss. del CPC), señalando fecha para la celebración de la audiencia (art. 588 y concordantes del CPC). El objeto de esta audiencia estará limitado a los aspectos que fueron objeto de oposición. Podrá, por tanto, ser objeto de debate y de prueba tanto la existencia de los daños como su valoración o cuantificación.

Una vez determinados o liquidados los daños y perjuicios mediante la correspondiente resolución judicial, se procederá a su exacción o ejecución por la vía prevista en los artículos 799 y siguientes, para la ejecución de cantidad dineraria.

Capítulo V. *Las medidas cautelares específicas*

En el Código de 1906 las providencias precautorias se encontraban limitadas: solamente podían acordarse como tales las expresamente previstas en artículo 270 y las demás que autorizasen las leyes (art. 283). Si la medida cautelar no estaba concretamente «tipificada», no podía adoptarse. Tal rigidez de la protección cautelar, encorsetada por un régimen limitado de medidas, hacía inviable su adecuación a las necesidades surgidas de la evolución económica, industrial, tecnológica y social.

El diseño de las diferentes medidas en el nuevo Código es sustancialmente diferente. Los artículos 355 y 356 del CPC perfilan un régimen flexible, combinando un amplio catálogo de medidas específicas o concretas (hasta diez diferentes detalla el artículo 355) que permiten hacerse una idea de las cautelas más cotidianas en la práctica, con una cláusula general de cierre que deja completamente abierto el abanico de las posibles medidas cautelares innominadas o indeterminadas y que asume cualesquiera otras medidas que se prevean en otras leyes (ya sean sustantivas o procesales). La flexibilidad del sistema se completa con una norma novedosa, la recogida en el artículo 357, que se refiere a la proporcionalidad y adecuación como principios que deben regir la adopción de la medida cautelar por parte del juez.

El Código recoge medidas indeterminadas y medidas específicas que han de ser estudiadas. A efectos sistemáticos, comenzaremos por el examen individual de cada una de las diez concretas medidas relacionadas en el artículo 355, seguiremos, ya en el siguiente capítulo, con las medidas innominadas del artículo 356, para finalizar con las particularidades y referencias a las medidas cautelares que el Código efectúa fuera del Libro III, al tratar las especialidades del proceso ordinario y del abreviado, y los procesos no dispositivos.

1. EMBARGO PREVENTIVO DE BIENES

El embargo preventivo es una figura sobradamente conocida en el ordenamiento procesal hondureño. Con dicha cautela se pretende paliar el riesgo de una posible insolvencia del demandado durante la sustanciación del proceso principal. Consiste en la afeción de bienes del deudor al proceso, con el fin de asegurar la ejecución de una sentencia. A diferencia del embargo ejecutivo, tal afeción de bienes no se efectúa para su posterior e inmediata ejecución forzosa, sino simplemente a efectos aseguratorios.

El régimen jurídico aplicable al embargo preventivo lo determina el artículo 358.4 del CPC⁽⁶⁴⁾. En primer lugar, se regirá por lo específicamente dispuesto para esta medida cautelar en los artículos 358 a 365; además, le será de aplicación el resto de la normativa sobre medidas cautelares (Libro III del CPC) y, finalmente, en lo no previsto expresamente, se estará a lo dispuesto para el embargo en la ejecución forzosa⁽⁶⁵⁾. Será, por tanto, de aplicación todo lo relativo, entre otros aspectos, a los bienes inembargables (arts. 812 y 813), al orden de bienes para el embargo (art. 815) y a la práctica del mismo (arts. 816 y ss.). Es de hacer notar que, aunque la remisión el artículo 358.4 del CPC lo sea explícitamente a las normas sobre el embargo en la ejecución forzosa, es decir, a los artículos 809 a 824 del CPC, no veo inconveniente alguno en aplicar también al embargo preventivo lo relativo a la averiguación judicial de bienes (art. 806) y el deber de colaboración e información de terceros en dicha averiguación (art. 807).

A) Situación jurídica cautelable

La situación jurídica cautelable mediante el embargo preventivo viene delimitada en el artículo 358, apartados 1 y 3, del Código Procesal Civil⁽⁶⁶⁾. Aunque el

(64) El artículo 358.4 dice literalmente que «en todo lo no previsto expresamente en este título se estará a lo dispuesto para el embargo en la ejecución forzosa». Quiero llamar la atención sobre lo que parece una equivocación del legislador. Los términos del precepto transcrito se remiten a las disposiciones de la ejecución forzosa para todo lo no previsto expresamente «en este título» (referido exclusivamente a las clases de medidas cautelares), cuando, en realidad, tal remisión subsidiaria debe entenderse hecha respecto de lo no previsto expresamente en el «Libro III» (que es el que contiene la normativa unificada sobre medidas cautelares).

(65) En el Código de Procedimientos Civiles de 1906, se referían al embargo los artículos 275 y 276, limitándose el primero de ellos a señalar los supuestos en los que es posible decretar el embargo y el segundo a fijar los límites del embargo así como la referencia legal a la normativa ejecutiva. El nuevo Código mantiene la remisión a las normas sobre el embargo en la ejecución forzosa; no obstante, participa de los efectos positivos del tratamiento unitario del procedimiento cautelar y contienen una mejor regulación de esta materia, resolviendo algunas dudas derivadas de la parca legislación anterior.

(66) Hemos de llamar la atención sobre otro error del legislador. El numeral 2 del artículo 358 se ha encajado entre los numerales 1 y 3 sin revisar el texto de estos dos últimos. Inicialmente, el artículo 358 fue copiado del ordenamiento español, concretamente del artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, al enumerar las medidas cautelares específicas, señala, entre otras:

«1.ª El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos.

Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.»

Como se ve, estos dos párrafos son esencialmente iguales que los numerales 1 y 3 del artículo 358 del CPC. Sin embargo, entre ellos, el legislador hondureño encajó el numeral 2 sin darse cuenta de que el

embargo preventivo está previsto, sobre todo, para garantizar los efectos de una sentencia condenatoria al pago de una cantidad de dinero o de una deuda computable a metálico, también permite garantizar la indemnización sustitutoria en caso de imposibilidad de ejecución en sus propios términos de sentencias de hacer, de no hacer y de entregar cosa específica⁽⁶⁷⁾.

a) Deuda dineraria o convertible en dinero

El artículo 358.1 del CPC establece una previsión específica sobre la procedencia del embargo preventivo, al legitimar para solicitarlo al «acreedor de deuda en dinero o en frutos, rentas y cosas fungibles convertibles en dinero por aplicación de precios ciertos». Por consiguiente, esta es la medida adecuada para garantizar la tutela cautelar de cualquier pretensión dineraria, de manera que mediante la realización de esta medida cautelar por vía forzosa se obtendrá el dinero en efectivo necesario para hacer frente a la deuda pecuniaria objeto de reclamación y de condena.

La situación jurídica cautelable consiste en una deuda dineraria –o en especie, pero calculable en dinero–, cualquiera que sea su origen. Lo normal es que el actor pretenda la entrega de una cantidad de dinero en lempiras; pero el embargo preventivo procede también cuando la deuda reclamada lo sea en moneda extranjera (ninguna exclusión se hace en el art. 358.1, y el art. 676 admite la procedencia del juicio monitorio para reclamaciones en lempiras o en moneda extranjera). Se incluyen las deudas en especie: frutos, rentas y cosas fungibles convertibles en dinero. En cualquier caso, lo que se asegura es una sentencia de condena, de manera que se excluye la adopción del embargo preventivo como medida idónea para asegurar una sentencia meramente declarativa o constitutiva.

b) Obligaciones de hacer, no hacer y dar cosa específica

Existe una previsión general contenida en el artículo 358.3 del CPC que establece que, fuera de los casos anteriores, *«también será procedente 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»*.

texto del numeral 3 se refería al «inciso anterior» (que era el 1 en la redacción original). En suma, la referencia del numeral 3 al «inciso anterior» ha de entenderse hecha al «inciso 1».

⁽⁶⁷⁾ Recuérdese que en la ejecución de las obligaciones de hacer (arts. 866, 867, 869.2, 874.1, 875.2 del CPC), en las de no hacer (art. 878 del CPC) y en las de entregar cosas muebles (arts. 880, 881.2 del CPC), el incumplimiento voluntario por parte del ejecutado dará lugar, por sustitución, a una indemnización económica que, finalmente, se ejecutará como obligación dineraria (arts. 884 y 799 y ss. del CPC).

Aunque no se trate de pretensiones pecuniarias, esto es, con independencia de cuál sea el objeto del proceso, procederá el embargo preventivo si resulta una medida idónea para garantizar la efectividad de la eventual sentencia condenatoria. El embargo preventivo sirve también para asegurar obligaciones de hacer, de no hacer y de dar cosa específica, en aquellos supuestos en que, ante el incumplimiento voluntario del ejecutado, se prevé la conversión o sustitución de aquellas obligaciones en una condena pecuniaria por la vía de la indemnización. En estos casos, el embargo preventivo tiene carácter subsidiario, toda vez que la medida será procedente siempre que no exista otra de igual o superior eficacia para la finalidad pretendida y que resulte menos gravosa para el demandado.

c) Supuestos especiales

Constituyen supuestos especiales aquellos embargos que no están previstos en las normas generales reguladoras de esta medida cautelar; esto es, los que no tienen cabida en ninguno de los supuestos del artículo 358.1 del CPC y, no obstante, se prevén específicamente a lo largo del texto del Código y en ocasiones en leyes especiales.

Como supuestos contenidos en el Código Procesal Civil se puede señalar, a título de ejemplo, el artículo 534.5, en sede de propiedad intelectual, que permite el embargo de los equipos, aparatos y materiales empleados para la comunicación o reproducción pública; o el artículo 534.1, que autoriza el embargo del producto de espectáculos teatrales, cinematográficos o similares. En las leyes especiales pueden verse, a título de ejemplo, el artículo 174 de la Ley del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos (Decreto 4-99-E), que autoriza, entre otros, el decomiso preventivo de toda obra, edición o ejemplares fraudulentamente reproducidos, o del producto obtenido con la enajenación o alquiler de tales obras, ediciones o ejemplares; y el artículo 163 de la Ley de Propiedad Industrial (Decreto 12-99-E) que autoriza el embargo preventivo de los objetos resultantes de la infracción y de los medios que hubiere servido para cometer la infracción.

B) Peligro de mora procesal: supuestos específicos

Cuando se trata de asegurar la futura ejecución de sentencias condenatorias al pago de una cantidad de dinero o de una deuda computable a metálico, el peligro que se trata de evitar es que el demandado se convierta en insolvente mientras se tramita y resuelve el proceso principal. El legislador ha establecido determinadas razones o causas específicas extraídas de la experiencia común por las que se presume el riesgo de insolvencia y, en consecuencia, el peligro por la mora procesal. Las recoge el artículo 358.2 del CPC y son las siguientes:

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.

Cualquiera de estos supuestos es, por sí mismo, presupuesto habilitante suficiente para pedir y acordar el embargo preventivo. Si no concurre ninguno de ellos, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* deben apreciarse con los mismos elementos y reglas que el artículo 351 establece con carácter general. Veamos seguidamente, por separado, cada uno de los supuestos enumerados por el artículo 358.2 del CPC.

a) *Deudor sin domicilio en la República de Honduras.* El elemento determinante para solicitar y acordar el embargo preventivo es la no residencia en Honduras del deudor, sea extranjero u hondureño.

b) *Documentación del crédito.* El elemento fundamental que debe tenerse en cuenta para decretar esta medida es la modalidad elegida para la documentación del crédito. Así, el embargo procederá siempre que el crédito se haya documentado en alguna de las siguientes formas:

- En instrumento público.
- En documento privado atribuido al deudor, lo que excluye el documento privado unilateralmente realizado por el acreedor.
- En contrato bilateral, siempre que el acreedor haya cumplido con su parte, lo cual exige una prueba excesivamente amplia que, en buena medida, puede desvirtuar el contenido sumario del procedimiento cautelar y afectar al fondo del asunto.
- En contrato bilateral en el que la obligación del acreedor fuese a plazo.

c) *Ocultamiento de bienes por el deudor.* El peligro de demora se aprecia sin dificultad si el deudor demandado trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes comprometiendo la garantía de la obligación, o si ha llevado a cabo actuaciones de

cualquier tipo que hayan disminuido la solvencia que tenía antes de concertar la obligación base de la reclamación.

d) *Inexistencia de seguro*. Es una previsión establecida para supuestos de responsabilidad civil, fundamentalmente extracontractual. La causa que justifica en estos casos el embargo preventivo es la inexistencia de seguro que garantice el pago de los daños y perjuicios reclamados, bien por no contratación del mismo o bien por insolvencia o liquidación de la aseguradora.

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

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

a) *Embargo de bienes inmuebles (artículo 359)*. El Código establece un régimen diferente según que 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 anotar la medida en el Registro, surtiendo efectos desde la presentación del mandamiento. Aunque ni el embargo ni su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad conceden al acreedor ningún derecho real sobre los bienes trabados, la anotación registral produce unos efectos similares a los típicos de un derecho real; a saber:

- El que ha obtenido a su favor el embargo adquiere *erga omnes*, con independencia de que los bienes trabados pasen a poder de un tercero, el derecho a resarcirse de su crédito con el producto de la venta de esos bienes en pública subasta (*ius persecuendi*).
- El embargante adquiere, además, una prioridad registral que le permite resarcirse con preferencia a los demás acreedores del mismo rango que inscriban su derecho con posterioridad (*ius prioritatis*).
- En el caso de que los bienes hayan pasado efectivamente a manos de un tercero durante la tramitación del proceso y con posterioridad a la anotación preventiva, deberá el tercero afrontar la responsabilidad a cuya satisfacción se encuentra afecto el bien. Ahora bien, el principio de seguridad jurídica exige que esa responsabilidad tenga un límite, que será el del importe de la pretensión actora en concepto de principal, intereses y costas, cuya ejecución cautelarmente garantiza e embargo preventivo.

Con todo, independientemente de que el embargo haya sido anotado en el Registro, el deudor afectado por el mismo responderá de cualquier actuación tendente a deshacerse del bien embargado para sustraerse a sus obligaciones de pago, incluso como autor de un delito de insolvencia punible (art. 237 del Código Penal), pudiendo ser cooperadores necesarios o cómplices (arts. 32 y 33 del Código Penal), quienes, a sabiendas de la ilícita finalidad perseguida, participen en la enajenación o gravamen del bien.

En el supuesto de que el bien no estuviera inscrito en el Registro, el artículo 359.2 impone la inmediata notificación de la medida al deudor, produciendo efectos el embargo desde ese momento. Por último se establece en el artículo 359.3 una regla de interpretación dirigida al juez en virtud de la cual, si el inmueble produce frutos y estos no han sido objeto de embargo, el nombramiento de depositario recaerá necesariamente en el propietario y no en un tercero, permitiendo de esta forma compaginar el embargo con el derecho de propiedad y el usufructo de la finca.

b) Embargo de vehículo (artículo 360). Las normas específicas en este tipo de embargos se dirigen al depositario, concretando sus funciones según sea o no el propietario del vehículo. En el primer caso podrá utilizar el vehículo con la diligencia de un buen padre de familia, aunque deberá mantenerlo en todo momento accesible al tribunal y al acreedor (art. 360.2); 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 (art. 360.1).

c) Bienes informáticos (artículo 361). El embargo afecta, en estos casos, a los soportes hábiles para almacenar información (cualquiera que sea su clase: electrónicos, magnéticos, ópticos o similares), pero no a la información contenida en los mismos. Esta última pertenece al afectado y no puede ser embargada. De ahí que el Código precise el derecho del afectado por el embargo de este tipo de bienes, a retirar la información contenida en tales soportes.

d) Títulos valores (artículo 362). Al igual que en el embargo preventivo de vehículos, el artículo 362 del CPC viene referido más a determinar las obligaciones del depositario que a regular algún tipo de especialidad en este embargo. Ha de completarse con lo dispuesto en el artículo 819 del CPC⁽⁶⁸⁾.

(68) El artículo 819 del CPC dice así: «1. Si se embargaren títulos valores, o instrumentos financieros el juez podrá acordar a su vencimiento el embargo de los dividendos, intereses, rendimientos de toda clase y reintegros que debieran efectuarse al ejecutado, notificándolo a quien deba hacer el pago y ordenándole que retenga las cantidades a disposición del tribunal. También podrá ordenar que se retenga el propio título valor o instrumento financiero. 2. La notificación del embargo se hará también a los responsables del mercado oficial en que se negocien o, en otro caso, a los administradores de las sociedades emisoras

e) Derechos de crédito o bienes del deudor en posesión de tercero (artículo 364). En estos casos, el artículo 364 ofrece al tribunal diferentes alternativas. Si se trata de derechos de crédito, ordenará al poseedor que retenga el pago a la orden del tribunal y que deposite el dinero en la entidad financiera del Estado o en un agente financiero que el órgano judicial designe. Si se trata de otros bienes, se ordenará al tercero poseedor que los retenga en calidad de depositario (asumiendo las obligaciones y derechos de tal condición) o que los ponga a disposición del juez.

f) Bienes muebles, unidades de producción o de comercio y empresas (artículo 365). El artículo 365 se limita a señalar de forma expresa que este tipo de bienes pueden ser objeto de embargo (confirmando lo ya establecido a este propósito en el artículo 647 del Código de Comercio). No obstante, el embargo de muebles dentro de una empresa solo será posible si la medida no afecta a su normal desenvolvimiento; de lo contrario estará prohibido el embargo (art. 365.1). Una excepción a esta limitación puede encontrarse en el artículo 534.5 del propio CPC, que autoriza expresamente a embargar los equipos, aparatos y materiales utilizados para infringir el derecho a la propiedad intelectual, de manera que tales bienes indicados, al haber sido utilizados con finalidad ilícita, pueden ser embargados dentro de una empresa aunque afecten a su normal desenvolvimiento.

Por su parte, el artículo 821, de aplicación supletoria, determina el contenido del acta de embargo en estos casos: el ejecutor ha de describir lo más exactamente posible los bienes embargados, pudiendo servirse de medios de documentación gráfica y hará constar las manifestaciones que efectúen en el acto los intervinientes en el embargo.

D) El depositario

El artículo 363 establece el régimen jurídico del depositario en los siguientes términos:

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

cuando el título valor o instrumento financiero fuera una participación en ella».

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 al evitar su desaparición. Será una medida habitual en el 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. Si los objetos son de especial valor o necesitan especiales cuidados (por ejemplo, una valiosa obra pictórica), se designará depositaria a la entidad pública o privada que resulte más adecuada (art. 363.4) Tendrá normalmente preferencia en dicho nombramiento el 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 (por ejemplo, el delito de malversación impropia de caudales públicos del art. 373-A del CP), se compromete con la propia medida cautelar y limita los posibles efectos negativos que el transcurso del tiempo puede tener sobre la cosa embargada. En el caso de que el depositario 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 (art. 366.2).

Este artículo contiene una serie de referencias a las obligaciones del depositario, forma de designación y derechos del mismo. La ubicación sistemática de esta norma hubiera sido más acertada 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 la ejecución forzosa.

Las obligaciones del depositario son:

- Conservación del bien (art. 363.1 y 3).
- Permitir el acceso permanente para observación de las partes y por el funcionario judicial que se designe (art. 363.1)
- Dar cuenta al juez de las posibles alteraciones o deterioros de los objetos depositados (art. 363.2)
- Custodia de los bienes con la debida diligencia (art. 363.3).
- Entrega a la persona que el juez designe (art. 363.3).

Como derechos del depositario se pueden señalar:

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

E) Tercería de dominio

Cuando estamos ante un embargo, practicado en ejecución de sentencia, es posible que se planteen tercerías de dominio (arts. 825 a 830 del CPC), dirigidas a liberar del embargo bienes que se encontraban indebidamente trabados al no ser propiedad del deudor apremiado sino del tercerista⁽⁶⁹⁾.

Pues bien, aunque las tercerías se encuentran integradas en un proceso de ejecución, puede sostenerse su aplicación en sede de medidas cautelares. En el ordenamiento procesal civil español se prevé expresamente que, en el embargo preventivo, podrá interponerse tercería de dominio (art. 729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No hay una norma similar en el proceso civil hondureño, pero ello no obsta para que con debidas adaptaciones, una interpretación generosa de los artículos 825 y siguientes autorice la interposición de tercerías como razón para alzar la medida de embargo preventivo (art. 830.3 del CPC).

⁽⁶⁹⁾ «La finalidad institucional de toda tercería de dominio es la de liberar de un embargo a un determinado bien, que pertenezca (con anterioridad a la traba) a un tercero, que sea ajeno a la deuda reclamada, en garantía de la cual se trabó el referido embargo» (STS 859/1998, de 28 de septiembre).

2. PROHIBICIÓN GENERAL DE DISPONER O CELEBRAR ACTOS Y CONTRATOS SOBRE BIENES ESPECÍFICOS

El apartado 2 del artículo 355 prevé dos medidas: una, de carácter general, relativa a la prohibición de disponer, que se desarrolla en el artículo 377; y otra, de carácter particular, relativa a la prohibición de innovar o de celebrar contratos sobre bienes específicos, que se desarrolla en el artículo 379.

A) Prohibición general de disponer

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

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

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

3. La prohibición de disponer sólo surtirá efecto desde la fecha de su notificación al deudor, y será inscrita en el registro correspondiente y publicarse en un diario de mayor circulación en el país.

Esta medida no es novedosa en el Derecho procesal hondureño. Tiene su antecedente en los artículos 277 a 279 Código de Procedimientos Civiles de 1906, que contienen la prohibición de celebrar contratos. El nuevo Código amplía el objeto de esta medida cautelar, que venía limitada en el Código de 1906 a la celebración de contratos. Ahora la medida que puede adoptarse es la prohibición general de disponer, concepto más amplio que abarca, además de la disposición a título oneroso, propia de los contratos, también la disposición gratuita derivada de la donación o cualquier otro tipo de forma de transmisión o gravamen admitida en Derecho.

Estamos ante una medida cautelar de carácter subsidiario respecto del embargo preventivo. Bien claro establece el artículo 377.1 del CPC que su ámbito de aplicación se ciñe a aquellos casos en los que, siendo procedente el embargo, no pueda llevarse a cabo por no conocerse bienes del deudor o por ser insuficientes para cubrir el importe del crédito reclamado. Abunda en el carácter subsidiario de esta medida el hecho de que su eficacia y vigencia vengán condicionadas al mantenimiento de la situación de inexistencia o insuficiencia de bienes embargables, toda vez que el artículo 377.1 CPC ordena que «se dejará sin efecto siempre que el afectado presentase a embargo bienes suficientes o diere caución bastante».

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. Lógicamente, en el momento de su adopción, a excepción de los bienes insuficientes que hayan podido ser embargados, ninguna eficacia tendrá.

Las únicas especialidades de esta medida cautelar, señaladas en el artículo 377.2 y 3 del CPC, no aportan nada nuevo al régimen general de las medidas cautelares, pues tanto la necesidad de identificación exacta del deudor (numeral 2) como la eficacia de la medida desde la notificación al deudor y la inscripción en el Registro correspondiente (numeral 3), 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.

B) Prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes específicos

Una concreción o, si se prefiere, un subtipo de la prohibición general de disponer es la relativa a la prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes específicos, en cuanto su objeto es más reducido puesto que se limita a la prohibición disponer (mediante cualquier acto o contrato, oneroso o gratuito) en relación exclusivamente con un determinado bien. Esta medida se incluye en la relación del artículo 355.2 del CPC y se desarrolla en el artículo 379 como prohibición de innovar y contratar. Señala el artículo 379:

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

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, o que cesaren las causas que las originaron.

La prohibición de innovar es una medida cautelar que el propio artículo califica como supletoria, por lo que solo se concederán en los casos en que no sea posible acordar otro tipo de medida menos gravosa para el demandado.

El artículo 379.1 recoge la prohibición de innovar (mudar o alterar de cualquier modo) la situación de hecho o de derecho tratada en el proceso (esto es la situación fáctica o jurídica preexistente en relación con un determinado bien) y está condicionada a que la modificación pudiera influir en la sentencia y convertir su ejecución en ineficaz o

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 o fuera necesaria para asegurar la ejecución forzosa de los bienes que son objeto del proceso. Esta medida cautelar afecta no solo 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

El artículo 355.3 del CPC describe entre las medidas cautelares nominadas la de intervención o administración judicial de bienes productivos. Sirven estas medidas, como complemento de un embargo previamente decretado, para asegurar que se mantenga la productividad de unidades económicas complejas que se encuentran en explotación (establecimientos industriales o comerciales, explotaciones rústicas, de minas, bosques, etc.) y que deben seguir estándolo mientras se sustancia el proceso principal (en el que se cuestiona su titularidad o en el que se reclama una cantidad de dinero).

En realidad son dos medidas diferentes cuyo régimen se desarrolla en el Capítulo III con unas normas generales comunes a ambas medidas (arts. 367 a 370 del CPC) y con normas especiales para la intervención judicial (arts. 371 a 373 del CPC) y para la administración judicial (arts. 374 a 376 del CPC).

A) Disposiciones comunes a la intervención y a la administración

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

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

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

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

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 de uno (1) a tres (3) 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.

a) Situación jurídica cautelable

Tanto la administración como la intervención judicial son el complemento del previo embargo de una empresa (o de la mayoría de su capital, de su patrimonio o de los bienes y derechos adscritos a su explotación), o de los frutos, productos y recaudaciones de una empresa o unidad de producción (art. 367.2 y 3 del CPC).

De conformidad con lo previsto en el artículo 367.1, se podrá solicitar esta medida en los siguientes casos⁽⁷⁰⁾:

⇒ Cuando se pretenda una sentencia de condena a entregar bienes por cualquier título que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad. El Código menciona expresamente al dueño y al usufructuario. Pero el legislador ha establecido una cláusula abierta a cualquier otro título, de manera que será procedente la solicitud de esta

⁽⁷⁰⁾ Miguel Ángel LARROSA AMANTE, «Las cautelas indeterminadas y las medidas cautelares específicas», en *Las medidas cautelares y los recursos*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 10/2000, CGPJ, Madrid, págs. 166-167.

medida en los casos de copropiedad, división de la cosa común, sociedad, comunidad de bienes, etc.

⇒ Cuando el mantenimiento o la mejora de la productividad sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pueda recaer.

b) Tipos de medidas previstas

La nueva regulación legal ha llevado a cabo la unificación en un mismo capítulo de dos medidas cautelares de innegable relación y semejanza, pero conceptualmente diferentes: la intervención y la administración de bienes productivos.

1. La intervención de bienes productivos supone el control judicial sobre la gestión del bien productivo, sobre su administración, pero sin que el demandado se vea privado de la misma. El artículo 371 del CPC determina claramente cuál es el contenido de la intervención: *«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»*.

No se produce una desposesión del bien intervenido; la administración sigue en manos del demandado. 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 del CPC limita la posibilidad de solicitar la intervención a los casos de embargo de frutos, productos o recaudaciones de una empresa o unidad de producción.

2. La administración judicial de bienes productivos es una medida de control de mayor injerencia que la simple intervención, pues implica la directa sustitución del demandado en la administración de sus bienes. Lleva consigo una sustitución en la posesión del bien sobre el que recae, en cuanto la administración pasa directamente a la persona designada judicialmente, quien deberá rendir cuentas de su gestión al juez que acordó la medida cautelar. Su contenido queda definido por el artículo 374.1 del CPC:

«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.

Esta medida, habida cuenta de la intromisión que supone en la actividad de gestión del demandado sobre bienes de su propiedad, solo podrá ser aplicada en casos extremos o cuando el demandado interfiera o dificulte gravemente la labor del interventor judicial.

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

La indudable relación existente entre ambas medidas conlleva que una parte de su régimen jurídico sea idéntico.

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

En primer lugar, esta medida cautelar solo podrá ser adoptada con audiencia de ambas partes («se citará a comparecencia», dice el art. 368.2 del CPC).

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: nombramiento de interventor o de administrador; persona que deba desempeñar el cargo, exigencia o no de caución, forma de actuación, mantenimiento o no de la administración preexistente, rendición de cuentas y retribución procedente. El juez solo deberá resolver en el caso de que no sea posible alcanzar acuerdo sobre alguna de las cuestiones señaladas, quedando vinculado por los convenios que las partes puedan llegar en dicho acto.

b) 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 de 1 a 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).

c) Derechos y obligaciones del interventor o administrador. Dentro de las normas generales se establecen una serie de derechos y obligaciones comunes a los cargos de interventor y administrador: ambos son retribuidos por su trabajo y responsables en el cumplimiento de sus obligaciones.

El derecho a la retribución está previsto en el artículo 370 CPC. El apartado 1 califica al interventor o administrador como auxiliar judicial ocasional, limitando la retribución máxima, en caso de ser mensual la actividad, a la cantidad que percibe en la empresa o bien productivo intervenido un gerente con funciones de administrador. Su abono, como señalan repetidamente tanto el artículo 370.2 como el artículo 368.3 del CPC, 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.

La responsabilidad del interventor o administrador se recoge en el artículo 369.1 del CPC. Este precepto declara la responsabilidad civil y penal de las personas designadas para estos cargos en relación con el cumplimiento de las funciones que tienen asignadas y con la veracidad de la información que ofrezcan al tribunal y a las partes, asimilándose en esta responsabilidad al depositario por las cantidades de dinero que recauden en el ejercicio de estas funciones.

B) Intervención judicial

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

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

Artículo 372. OBLIGACIONES DEL INTERVENTOR. *El interventor judicial está obligado a:*

- 1. Verificar el funcionamiento y conservación de los bienes intervenidos, sin interferir ni interrumpir las labores propias del administrador.*
- 2. Llevar el control de ingresos y egresos.*
- 3. Informar en los plazos señalados por el juez, del desarrollo regular de la intervención.*
- 4. 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 numeral 3 de este Código.*

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

a) *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.

b) *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 (art. 372.3) 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 dificulte su labor (art. 372.4).

C) Administración judicial

La administración judicial de bienes productivos implica la 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 del CPC cuando señala que sustituirá al administrador preexistente. Se priva al demandado de la posibilidad de gestionar sus bienes con lo que se le desposee del bien sobre el que recaiga la medida. Esta figura cautelar viene regulada 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 JUDICIAL. *El administrador judicial está obligado, según se trate de un bien o empresa o unidad productiva, a:*

1. *Gerenciar el bien embargado, con sujeción a su objeto.*
2. *Realizar los gastos ordinarios y los de conservación.*
3. *Cumplir con las obligaciones laborales que correspondan.*
4. *Pagar tributos y demás obligaciones legales.*
5. *Formular los balances y las declaraciones juradas dispuestas por ley.*
6. *Proporcionar al juez la información que éste exija, agregando las observaciones sobre su gestión.*
7. *Poner a disposición del tribunal la totalidad de las utilidades o frutos obtenidos.*
8. *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 levantará 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 dejará 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 copia a las partes, que podrán impugnarla en el plazo de cinco (5) días, prorrogable hasta treinta (30) 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.*

La forma de llevar a la práctica la administración judicial se encuentra prevista en el artículo 376 del CPC. El funcionario judicial notificará al administrador cesante el auto acordando tal medida. Le requerirá expresamente para que cese en la administración que hasta ese momento llevaba y pondrá en posesión del cargo al administrador judicial. El nuevo administrador deberá redactar un acta de su toma de posesión, en la que incluirá un inventario de los bienes y archivos y del estado de la administración. A diferencia de lo dispuesto en el artículo 373.2 para la práctica de la intervención judicial, nada se dice aquí sobre que el acta se levantará a presencia del afectado y sobre su participación en el acta haciendo constar sus observaciones. No se entiende tal omisión y debe achacarse a un olvido, pues, si el acta del administrador judicial no se levantase también a presencia del afectado con la posibilidad de hacer constar sus observaciones, no tendría razón de ser que el artículo 376.1, *in fine*, previese que el afectado se negase a firmar. La administración judicial se anotará en el Registro de la Propiedad cuando afecte a bienes inmuebles (art. 374.2 del CPC) y también en el Registro Mercantil puesto que, si como garantía frente a terceros, la intervención que afecte a bienes productivos se anota en este Registro (art. 373.3 del CPC), con mayor razón deberá anotarse cuando se adopta una medida de

administración judicial con injerencia directa en la gestión de la empresa.

Las obligaciones del administrador se describen detalladamente en el artículo 375 del CPC. Fundamentalmente son de dos clases: por un lado están las funciones propias de la gerencia del negocio, tales como la gestión el bien embargado, la realización de gastos ordinarios y de conservación, el pago de las obligaciones laborales, el pago de tributos, la formulación de la contabilidad de empresa y, por otro lado, las funciones de información al juez (375.6 y 375.7).

El administrador está sometido al control judicial en su gestión, y necesita expresa autorización del juez que adoptó la medida para enajenar o gravar bienes inmuebles, participaciones en la empresa, participaciones de la empresa administrada en otras empresas o cualquier otro acto que hubiera señalado expresamente el juez (art. 374.1 del CPC). Además, los actos del administrador judicial están sujetos a la posible oposición del demandado; las discrepancias al respecto se resuelven por el juez en un trámite muy simple: citará a ambos a una audiencia y, tras oírlos, resolverá lo que estime oportuno, sin perjuicio de que el afectado pueda oponerse a la cuenta final que ha de presentar el administrador judicial (art. 376.2 del CPC).

Por lo que respecta a la rendición final de cuenta, el artículo 376.3 del CPC exige al administrador la presentación de una cuenta de administración detallada y justificada, de la que se dará traslado a ambas partes, pudiendo cualquiera de ellas impugnarla en el plazo de cinco días prorrogable hasta un máximo de treinta en función de su complejidad. La oposición se resuelve por auto tras la celebración de una vista en la que serán oídos los interesados; como tales han de tenerse no solo al demandante y al demandado, sino al propio administrador judicial ya que responde civil y penalmente del cumplimiento de sus funciones (art. 369.1 del CPC). Contra el auto que resuelva la oposición a la rendición de cuenta final cabe recurso de apelación.

4. SECUESTRO DE COSA MUEBLE O SEMOVIENTE

El secuestro judicial viene reseñado como medida cautelar típica en el artículo 355.4 del CPC. Pero su regulación aparece en el artículo 366, en los siguientes términos:

- 1. Procederá el secuestro de los bienes muebles o semovientes objeto del proceso cuando se pretenda la condena a su entrega y se hallen en poder del demandado, siempre que se presenten instrumentos que hagan verosímil el derecho cuya efectividad se quiere garantizar.*
- 2. Procederá el secuestro, con igual condición, cuando sea indispensable para proveer a la guarda o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia.*
- 3. El juez designará depositario a la institución oficial o persona que mejor convenga, fijará su remuneración y ordenará el inventario, si fuese indispensable.*

4. *El secuestro se regirá por las normas establecidas para el embargo en la medida en que le sean de aplicación.*

El secuestro judicial consiste en la aprehensión del bien, desposeyendo del mismo al demandado para entregárselo a un tercero (depositario) mientras dure la medida cautelar acordada. Es una medida que recaerá exclusivamente sobre bienes muebles o semovientes considerados en sus términos estrictos. Se excluyen, por tanto, los inmuebles y también los bienes que se asimilan a los muebles (como el dinero o títulos valores), para los cuales la medida adecuada será el embargo preventivo. Además, la cosa ha de estar en poder del demandado, de modo que no procederá la adopción de esta medida cuando el objeto se halle en poder de un tercero, cualquiera que sea el título en el que funde su posesión.

Por lo que concierne a la situación jurídica cautelable, el artículo 366.1 del CPC considera que el secuestro es una medida idónea cuando se pretenda la condena a la entrega precisamente del bien mueble o semoviente respecto del que se pide el secuestro, y aquel se halle en poder del demandado. Con el secuestro judicial y el nombramiento de depositario en la institución oficial o persona que considere conveniente el juez (art. 366.3 del CPC), el bien mueble o semoviente 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.

Pero la medida de secuestro también es procedente, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 366.2 del CPC, 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. Este precepto configura el secuestro con amplitud, como una medida extensiva a todas las diferentes pretensiones procesales que se ejerciten en el proceso, siempre que se trate de bienes muebles o semovientes y que la medida resulte imprescindible para asegurar la efectividad de la sentencia, lo que equivale no solo a la petición de entrega de la cosa, sino también a otros casos en los que se configure como un mecanismo imprescindible, por ejemplo, para evitar que se sigan produciendo efectos perjudiciales para el derecho del solicitante de la medida cautelar (secuestro de ejemplares o de medios técnicos de reproducción).

5. FORMACIÓN DE INVENTARIOS

El apartado 5 del artículo 355 del CPC permite solicitar como medida cautelar «la

formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga».

Es preciso distinguir cuándo la formación de inventario es una auténtica cautela y cuándo tal medida se integra en procesos autónomos, como una fase más de los mismos y sin la auténtica categoría de medida cautelar. En el nuevo Código, la formación de inventarios se establece, por un lado, como una medida cautelar específica (art. 355.5) y, por otro, se regulan concretos inventarios de bienes en determinados procesos especiales, como es el caso de la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 670 y 671 del CPC). En este último caso, así como en otros que puedan estar establecidos en el Código o en leyes especiales, no se trata de una verdadera medida cautelar sino de una fase procesal del concreto procedimiento.

La única medida cautelar que debe ser considerada como tal es la prevista en el artículo 355.5 del CPC, el cual es bastante parco en su regulación, al no establecer ningún tipo de criterio a la hora de su aplicación, ni en la forma que debe adoptar la formación de dicho inventario ni en los procesos en los que se puede acordar en función de la tutela pretendida. Únicamente establece que se realizará en las condiciones que el tribunal establezca. Podrá adoptarse por tanto, en cualquier tipo de procedimiento, cualquiera que sea la pretensión que se haga valer, siempre que el inventario, esto es, el conocimiento y determinación de los bienes que integran un patrimonio, sea necesario para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse por la sentencia estimatoria (art. 350.1 del CPC). Hay casos en que el inventario constituye una medida complementaria e ineludible respecto de otra cautela; así, por ejemplo, el inventario de bienes y archivos realizado en la intervención y administración judicial de bienes (arts. 374.2 y 376.1).

6. ANOTACIONES REGISTRALES

Al igual que ocurría con la formación de inventarios, la medida cautelar de anotaciones registrales no tenía una regulación específica ni un reconocimiento concreto en el ámbito del Código de Procedimientos Civiles de 1906. El nuevo Código señala en su artículo 355.6 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 distinguen aquí dos tipos de anotaciones diferentes que procede analizar por separado: anotación preventiva de la demanda y otras anotaciones registrales.

A) Anotación preventiva de demanda

Esta medida cautelar aprovecha la publicidad que ofrecen los registros públicos para advertir a los terceros acerca de la existencia de un litigio sobre el bien o derecho inscrito. Obviamente no puede instarse como medida previa a la presentación de la

demanda pues no habría aún demanda alguna que anotar. Generalmente se piensa en las anotaciones en el Registro de la Propiedad por la importancia del tráfico inmobiliario, pero su ámbito se extiende a cualquier registro público, sujeto aun sistema de publicidad con efectos legalmente determinados, que permita cumplir la finalidad cautelar que le es propia. Por ejemplo, el Registro de la Propiedad Industrial (arts. 151 y concordantes del Decreto 12-99-E) o el Registro del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos (arts. 96.II, 127, 130 y concordantes del Decreto 4-99-E).

La anotación preventiva de la demanda tiene una doble utilidad. Además de facilitar información a los terceros sobre la existencia de un litigio sobre el bien o derecho inscrito, mantiene durante la sustanciación del proceso el *status quo* registral existente en el momento en que se presentó la demanda. La regla es que las inscripciones realizadas con posterioridad a la anotación preventiva, no serán obstáculo para la ejecución, pues deberán pasar por lo que se resuelva en el proceso. El Tribunal Constitucional español, en su auto 406/2003, ha declarado al respecto:

Este peculiar asiento registral, que anuncia la pendencia de un proceso cuya decisión final puede implicar la ineficacia o inoperancia jurídica de los títulos inscritos con posterioridad, en el caso de que se demande en un proceso judicial la propiedad o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier otro derecho real sobre un bien inmueble. [...]

De este modo, a través de la publicidad registral que garantiza la anotación preventiva, se consigue cautelarmente, frente a los actos posteriores que puedan perjudicarlos, preservar los derechos inscritos del demandante de amparo afectados por la vulneración del derecho fundamental objeto del proceso constitucional.

La anotación de demanda no desposee al titular del bien o derecho, puesto que puede transmitirlo; ahora bien el tercero a quien lo transmite, cuando inscriba su derecho quedará protegido frente a todos menos frente al anotante. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.^a), en su auto 191/2006, de 3 de mayo, señala:

La ley procesal permite la posibilidad de acordar como medida cautelar la anotación preventiva de demanda para obtener los efectos que la legislación correspondiente otorga a la publicidad de los asientos registrales, consistente básicamente en impedir a terceros hacer valer su buena fe frente al contenido del registro, en la anotación preventiva de demanda, el actor en el procedimiento civil se protege de la posibilidad de que un tercero pueda alegar buena fe en su adquisición. Es incuestionable, asimismo, que en el período que necesariamente ha de transcurrir entre la interposición de la demanda y la obtención de un título que permita obtener frente a los ahora demandados la ejecución (impropia, atendido el carácter de lo pretendido) de un eventual fallo favorable, pueden ser enajenadas las fincas y sustraído o distraído su producto del destino pretendido por el peticionario de la medida. Nótese que la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente no precisa la alegación y acreditación de concretos *pericula*, bastando con el riesgo abstracto derivado de la duración del proceso, que apareja de suyo la pérdida del sentido o finalidad de la tutela jurisdiccional solicitada.

a) *Situación jurídica cautelable.* El artículo 378 del CPC parece limitar el ámbito de la anotación preventiva de demanda exclusivamente a los casos en que «se dedujere una pretensión que pudiere tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el Registro correspondiente»; esto es, cuando se ejercitase una acción declarativa, constitutiva o de condena, sobre la modificación en sentido amplio (constitución, declaración, extinción) de cualquier derecho real. Sin embargo, el artículo 355.6 del CPC se refiere de forma genérica a la anotación preventiva de demanda, sin condicionar el contenido de la acción que en la misma se ejercita.

La aparente contradicción no es tal. El artículo 378 simplemente se limita a recordar la necesidad de que la pretensión *afecte* a una inscripción en el Registro correspondiente, sin predeterminedar su naturaleza real o personal. En suma, se permite el acceso al Registro de toda demanda que pueda afectar a situaciones jurídicas inmobiliarias inscritas o inscribibles, independientemente de la clase de acción ejercitada⁽⁷¹⁾.

b) *Procedimiento para su adopción.* 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, si existe una medida apta para adoptarse sin audiencia del demandado, esta es precisamente la anotación preventiva de demanda⁽⁷²⁾. Ello es debido a su escasa trascendencia, meramente publicitaria frente a terceros, que en ningún caso priva a la parte de sus derechos dominicales con relación al bien sobre el que recaiga la anotación.

B) Otras anotaciones registrales

El segundo inciso del artículo 355.6 del CPC 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

(71) La posibilidad de anotación de las demandas en que se ejercitan acciones personales es hoy comúnmente admitida en la jurisprudencia española. Así, por ejemplo, se estimó procedente dicha medida ante una pretensión de condena a otorgar una escritura pública de compraventa de un inmueble (STS de 18 de febrero de 1985) o sobre nulidad de una compraventa (STS 267/2005, de 21 de abril).

(72) Miguel Ángel LARROSA AMANTE, «Las cautelas indeterminadas y las medidas cautelares específicas», en ob. cit., pág. 175.

buscados en cada una de las normas vigentes. A título meramente ejemplificativo se pueden señalar, dentro del propio texto del Código:

- Anotaciones registrales que procedan en pretensiones sobre propiedad industrial, como autoriza el artículo 527.2.e) del CPC.
- Anotación en procedimientos sobre impugnación de calificaciones registrales, prevista en el artículo 609.2 del CPC.

Dada la finalidad de mera publicidad de la situación procesal pendiente, la medida goza de gran amplitud y por ello puede ser utilizada en todo tipo de procesos, cualquiera que sea la acción que se ejercite, siempre que la anotación guarde relación con la finalidad de asegurar la tutela judicial en el proceso, en el sentido exigido legalmente: debe ser útil para garantizar el cumplimiento de la ejecución.

7. LAS ÓRDENES DE CESACIÓN, ABSTENCIÓN Y PROHIBICIÓN

El artículo 355.7 del CPC contiene una serie de medidas cautelares que suponen limitaciones temporales en la actuación del demandado. Todas ellas tienen en común el hecho de ser órdenes que implican una concreta obligación de actuar (tanto de hacer como de no hacer) impuesta al demandado. Según se lee en dicho precepto, podrá pedirse como medida cautelar *«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 Código no señala expresamente el tipo de sentencia cuya efectividad pretende garantizarse con estas medidas, pero no resulta difícil inferir que se tratará de pretensiones de condena a una prestación de hacer o de no hacer, relacionadas con la actividad, conducta o prestación cuyo cese, abstención o prohibición se solicita como medida. Una característica común a todas estas medidas es que tienen efectos anticipatorios de la sentencia. Este precepto es una clara muestra de que el legislador ha asumido la existencia de medidas que, más allá de ser simplemente aseguratorias, conservan e incluso anticipan la situación jurídica sobre la que se proyecta la tutela cautelar.

Teniendo en cuenta los diferentes tipos de medidas cautelares que se unifican en este apartado del artículo 355, examinaremos individualizadamente cada uno de ellos.

A) Cese provisional de la actividad

La cesación provisional de una determinada actividad supone una concreta limitación al hacer del demandado imponiéndole una cautela de no hacer. Una actividad se

desarrolla mediante un conjunto de operaciones o de actuaciones. De ahí que esta medida afecte a una generalidad de actuaciones: precisamente todas aquellas que integran la actividad cuyo cese se ordena.

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 sea previsible que vayan a seguir causando sus efectos ininterrumpidamente y de forma continuada. Por lo demás, la orden de cesación o suspensión de una actividad conlleva la prohibición de reanudar. No tendría sentido, por ejemplo, que, suspendido un acto de comunicación pública de una representación dramática, se exigiese su reiteración diaria para evitar su reanudación.

La importancia de esta concreta medida se muestra en el desarrollo que de ella hace el Código en los procesos con especialidades por la materia. Así, por ejemplo, en los siguientes casos:

- Cesación provisional de los actos de competencia desleal (art. 519.1 del CPC).
- Cesación provisional de los actos que violen el derecho de propiedad industrial del solicitante de la medida cautelar [art. 527.2.a) del CPC].
- Cesación provisional de la publicidad ilícita [artículo 540.a) del CPC].

B) Abstención temporal de llevar a cabo una conducta

También a través de esta medida se impone al demandado una obligación de no hacer; en este caso es la prohibición 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, que no puede predicarse como continua y general, sino aislada, pues en caso contrario la medida adecuada sería el cese de la actividad.

Igualmente se refleja esta medida de forma expresa en otros artículos del Código, pudiéndose citar:

- Suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública en sede de propiedad intelectual (art. 534.2 del CPC).
- Prohibición temporal de publicidad (art. 540.2 del CPC).
- Suspensión de obra nueva (art. 605 del CPC).

C) Prohibición de cesar o interrumpir la realización de una prestación que se viniera llevando a cabo

Este tipo concreto de medida no implica el cese de una concreta actividad o de una conducta, sino la imposición al demandado de una obligación de hacer consistente en continuar realizando lo que ya estaba haciendo (por ejemplo, prohibiendo temporalmente la interrupción de un contrato de suministro cuando tal interrupción pueda conllevar la imposibilidad o graves dificultades para realizar un determinado producto). La medida tiene carácter conservativo, toda vez que pretende mantener durante la litispendencia el estado anterior al conflicto; no es, por ello, propiamente innovativa en cuanto no cambia la situación jurídica preexistente.

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.

8. INTERVENCIÓN Y DEPÓSITO PROCEDENTES DE ACTIVIDADES ILÍCITAS

Señala el artículo 355.8 del CPC 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*».

Como presupuesto de la intervención o depósito exige el Código que se haya pretendido en la demanda la prohibición o cesación de la actividad supuestamente ilícita de la que proceden los ingresos. La «intervención» ha sido entendida como sinónimo de control de la gestión empresarial, para poder aprehender los ingresos derivados de la actividad ilícita que se combate; pero esa intervención no sería eficaz sin un posterior embargo de las cantidades aprehendidas o, tal como dice el Código, sin el depósito de las mismas. Se trata de una medida cautelar compleja, que participa de aspectos del embargo preventivo, de la intervención de bienes productivos y del depósito.

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 preposición copulativa ‘y’ claramente indica. Por tanto, en aquellos casos en los que se pretenda únicamente la intervención, el embargo y/o el depósito, habrá que acudir a las previsiones de los numerales 3 ó 1 del artículo 355 del CPC.

El principal problema deriva del hecho de la expresa remisión a un concepto en blanco como es el de actividad ilícita. La inclusión de estas medidas dentro del texto

procesal general debe llevar a la consideración de su generalización a todo tipo de actividad ilícita y no sólo a las previstas en el ámbito de la propiedad intelectual, a la que expresamente se refiere el artículo 534.1 del CPC. Dicho concepto, por motivos obvios, sólo puede ser considerado desde el punto de vista de la ilicitud civil, y deberán entenderse como tales actividades ilícitas todas aquellas que supongan la vulneración de derechos reconocidos en exclusividad a determinadas personas o sociedades y que supongan una afectación a dicha exclusividad. En consecuencia, será de aplicación a los casos de propiedad intelectual, propiedad industrial, marcas y a cualquier otro en el que se reconozca a su titular un derecho exclusivo de explotación.

9. DEPÓSITO DE MATERIALES, CANTIDADES Y EJEMPLARES AFECTOS A RÉGIMEN DE EXCLUSIVIDAD

El artículo 355.9 CPC establece una serie de medidas fundamentalmente de protección de la propiedad industrial e intelectual, al señalar la posibilidad de solicitar *«el depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción y la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual»*.

10. SUSPENSIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

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»*. A esta misma medida cautelar se refiere, dentro del juicio ordinario de impugnación de acuerdos sociales, el artículo 509 CPC, el cual se limita a señalar que *«cuando se interpongan pretensiones de impugnación de acuerdos sociales, podrá acordarse, entre otras, la suspensión de los acuerdos impugnados, cuando el demandante o demandantes rindan caución suficiente, lo mismo se exigirá en el caso de cooperativas»*. Este artículo no es más que una reiteración innecesaria de la expresa medida cautelar prevista en el artículo 355.10, así como de la obligación de prestar caución que con carácter general se establece en el artículo 386 del CPC.

Capítulo VI. *Otras medidas cautelares*

1. MEDIDAS CAUTELARES INDETERMINADAS

El legislador hondureño enumera en el artículo 355 del CPC unas pocas medidas (las más conocidas por los juristas y más frecuentes en la práctica forense) para, finalmente, autorizar con carácter general cualquier otra que sea necesaria para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional pretendida y las que estén expresamente previstas en otras leyes (art. 356 del CPC).

El artículo 356 del Código acoge así una cláusula de cierre que resalta el carácter meramente enunciativo del artículo 355. En realidad, la enumeración de medidas cautelares específicas del artículo 355 no autoriza la adopción de medidas diferentes a las que el tribunal podría acordar al amparo del artículo 356 del CPC: la dicción del artículo 356 del CPC abarca todas las eventualidades posibles, tanto las actuaciones más directas sobre el patrimonio del demandado (p. ej., el secuestro y el depósito de cosa mueble), como las de carácter más indirecto (p. ej., la anotación preventiva de la demanda). El legislador ha establecido así un sistema mixto: una cláusula de potestad cautelar general y una serie de medidas cuyo régimen de ejecución desarrolla y explica con cierto detalle.

La conjugación de los artículos 355 (medidas cautelares específicas) y 356 (medidas cautelares innominadas), tiene como consecuencia el carácter residual de estas últimas. En efecto, la potestad general de cautela expresada por el artículo 356 viene limitada en su ámbito de aplicación por dos vías: primero, por las medidas específicas previstas en el artículo 355; y, segundo, por la posibilidad de integrar en el sistema cautelar todas aquellas medidas que otras leyes establezcan, ahora o en el futuro.

Por lo demás, el régimen procedimental de adopción de este tipo de medidas no es especial con relación al resto de las medidas cautelares específicas. Por ello deberá ajustarse a las exigencias de los artículos 380 y siguientes del Código y a las concretas especialidades que se contengan en otros artículos del texto procesal o en leyes especiales.

2. MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS FUERA DEL LIBRO III DEL CÓDIGO

Junto con las previsiones concretas del Libro III, dedicado en exclusiva a las medidas cautelares, el nuevo Código mantiene otra serie de medidas específicas dispersas a lo largo de su articulado, en concreto al tratar los procesos especiales por razón de la

materia (especialidades de los juicios ordinario y abreviado) y los procesos no dispositivos. Muchas de las medidas cautelares dispuestas en estos procesos están previstas genéricamente en el artículo 355; si bien, el legislador ha establecido algún requisito o condicionante diferente de los generales. Por ello, para concluir el estudio de las medidas cautelares es menester hacer una referencia a las normas legales previstas al respecto fuera del Libro III.

A) Procesos especiales por razón de la materia en el Código Procesal Civil

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.*

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 (24) 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.*

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.*

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 y de los Derechos Conexos, aquellas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos, y en especial:*

1. *La intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración. Igualmente se podrá solicitar el embargo del producto de los espectáculos teatrales, cinematográficos, filarmónicos o cualquier otro similar.*
2. *La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda.*
3. *El secuestro temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual, así como el secuestro del material empleado para su producción.*
4. *El secuestro del material empleado exclusivamente para la reproducción o comunicación pública. En el caso de los programas de ordenador, se podrá acordar el secuestro de los utilizados.*
5. *El embargo de los equipos, aparatos y materiales.*

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:*

1. *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 (24) horas siguientes a la presentación de la demanda.*
2. *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.*

f) Procedimiento abreviado de calificación registral

Artículo 609. ESPECIALIDADES. *La demanda deberá interponerse en el plazo de diez (10) días desde la notificación de la resolución practicada al interesado o, tratándose de recursos desestimados por silencio administrativo, en el plazo de un (1) 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, se entregará copia a cuantos aparezcan como interesados en el mismo, se hará el emplazamiento para que puedan comparecer y personarse en el expediente.*

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.

g) Procedimiento abreviado sobre arrendamiento financiero y venta de bienes muebles a plazos

Artículo 618. 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 [...].*

B) Procesos no dispositivos

a) Procesos sobre capacidad de las personas

Artículo 642. MEDIDAS CAUTELARES. 1 *Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Público para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación.*

2. *El Ministerio Público podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el numeral anterior.*

3. *Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación.*

4. *Como regla, las medidas a que se refieren los numerales anteriores se acordarán previa audiencia de las personas afectadas, conforme a lo previsto en este Código.*

b) Procesos sobre filiación

Artículo 648. MEDIDAS CAUTELARES. 1. *Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el juzgado o 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 (10) 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.*

c) Procesos de familia

Artículo 658. TRAMITACIÓN DE LAS MEDIDAS SOLICITADAS PROVISIONALMENTE. 1. *El cónyuge que se proponga demandar la nulidad del matrimonio, separación o divorcio, puede solicitar los efectos y*

medidas previstas expresamente para estas situaciones ante el juez de su domicilio.

2. Para formular esta solicitud no será precisa la intervención de profesional del derecho que le defienda y represente, pero sí será necesaria dicha intervención para todo escrito y actuación posterior.

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 659. CONFIRMACIÓN O MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS. *1. Cuando se hubieren adoptado medidas con anterioridad a la demanda, admitida ésta, se unirán las actuaciones correspondientes al proceso de nulidad, separación o divorcio, solicitándose, a tal efecto, el respectivo testimonio, si aquéllas se hubieran producido en un tribunal distinto del que conozca de la demanda.*

2. Sólo cuando se considere que procede completar o modificar las medidas previamente acordadas, se convocará a las partes a una audiencia, que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior.

3. Contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno.

Artículo 660. MEDIDAS PROVISIONALES COETÁNEAS A LA DEMANDA. *1. El cónyuge que solicite la nulidad de su matrimonio, la separación o el divorcio podrá pedir en la demanda lo que considere oportuno sobre las medidas provisionales a adoptar, siempre que no se hubieren adoptado con anterioridad. También podrán ambos cónyuges someter a la aprobación del juez el acuerdo a que hubieren llegado sobre tales cuestiones. Dicho acuerdo no será vinculante para las pretensiones respectivas de las partes ni para la decisión que se pueda adoptar en lo que respecta a las medidas definitivas.*

2. Admitida la demanda, el juez resolverá sobre las peticiones a que se refiere el numeral anterior y, en su defecto, acordará lo que proceda.

3. Antes de dictar la resolución a que se refiere el numeral anterior, se convocará a los cónyuges y,

en su caso, al Ministerio Público, a una audiencia, que se sustanciará conforme a lo previsto para las medidas provisionales previas a la demanda. Contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno.

4. También podrá solicitar medidas provisionales el cónyuge demandado, cuando no se hubieran adoptado con anterioridad o no hubieran sido solicitadas por el actor, con arreglo a lo dispuesto en los numerales precedentes. La solicitud deberá hacerse en la contestación a la demanda y se sustanciará en la audiencia, cuando ésta se señale dentro de los diez días siguientes a la contestación, resolviendo el juez por medio de auto no recurrible cuando la sentencia no pudiera dictarse inmediatamente después de la audiencia.

5. Si la audiencia no pudiera señalarse en el plazo indicado, se convocará la audiencia a que se refiere el numeral 3 de este artículo.

6. Las medidas provisionales quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo.

Artículo 664. MEDIDAS EN CASO DE GUARDA Y CUIDADO Y ALIMENTOS. *En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de éstos, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en este Código para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas antes señaladas.*

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CANOSA, Santiago: «Necesidad de determinar los hechos en que pueda basarse la presunción de malbaratamiento u ocultación al solicitar el embargo preventivo», en *Revista General de Derecho*, 1959, núm. 177, págs. 519 a 525.
- ALONSO FURELOS, Juan Manuel: «Nuevas perspectivas sobre el proceso cautelar», en *Justicia*, 1990-II, págs. 339 a 403.
- ALONSO SAURA, María Pilar: «Clases de medidas cautelares. Criterios para su adopción. Medidas cautelares sin audiencia previa del demandado», en *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 18/2004, CGPJ, Madrid, págs. 19 a 61.
- ALONSO-CORTÉS CONCEJO, Aurelio y PUJOL MONTERO, Javier: «Criterios para la fijación de la fianza en medidas cautelares y cuantificación de daños y perjuicios», en *Propiedad industrial y competencia desleal*, varios autores, colección «Monografías», vol. 4/1995, CGPJ, Madrid, págs. 261 a 327.
- BARONA VILAR, Silvia: «Las medidas cautelares: introducción», en *Las medidas cautelares*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 27/1993, CGPJ, Madrid, págs. 11 a 52.
- «Proceso cautelar», en *El nuevo proceso civil. Ley 1/2000*, varios autores, 2.^a ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 823 a 885.
- «De las medidas cautelares», en *El Proceso Civil*, varios autores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, vol. VII, págs. 5947 a 6155.
- CALAMANDREI, Piero: *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, Padova, 1936.
- CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, Barcelona, 1992.
- «Las medidas cautelares innominadas», en *Las medidas cautelares*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 27/1993, CGPJ, Madrid, págs. 289 a 337.
- «Legitimación y tutela cautelar (Breves notas para su estudio)», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 75, 2004, págs. 157 a 181.
- CARRERAS LLANSANA, Jorge: «Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, págs. 473 a 494.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen: «La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo», en

El acto y el procedimiento, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 7/1992, CGPJ, Madrid, págs. 159-187.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: «Las medidas cautelares», en *Derecho Procesal Civil. Parte general* (con Moreno Catena), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 463 a 487.

— *Introducción al Derecho Procesal* (con Moreno Catena), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

DAMIÁN MORENO, Juan: *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinadores Valentín Cortés Domínguez y Víctor Moreno Catena), tomo II, «Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares», Tecnos, Madrid, 2000.

ESCARTÍN NÚÑEZ, Ramón V.: «Las medidas cautelares innominadas o atípicas», en *Constitución, Derecho y Proceso. Estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Ángel Duque Barragués*, Institución Fernando el Católico – Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1983.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel Ángel: «Las medidas cautelares “internacionales” y las medidas cautelares en el arbitraje», en *Las medidas cautelares y los recursos*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 10/2000, CGPJ, Madrid, págs. 193 a 255.

— «De las medidas cautelares», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, varios autores, 1.ª reimpresión, Iurgium editores, Barcelona, 2001, tomo III, págs. 3221 y ss.

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», en *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 18/2004, CGPJ, Madrid, págs. 359 a 408.

FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «Medidas cautelares en los procesos sobre propiedad industrial», en *Derecho sobre propiedad industrial*, varios autores, colección «Estudios de Derecho Judicial», vol. 35/2001, CGPJ, Madrid, págs. 193 a 214.

— «Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Estudios sobre la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, varios autores, colección «Studia Iuridica», CGPJ/Generalidad de Cataluña, vol. 19, Barcelona, 2003, págs. 241 a 256.

ILLESCAS RUS, Ángel Vicente: «La protección procesal de los derechos de propiedad industrial», en *Propiedad industrial*, varios autores, colección «Estudios de Derecho Judicial», vol. 49/2003, CGPJ, Madrid, págs. 83 a 197.

JOVÉ, María Ángeles: *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995.

LARROSA AMANTE, Miguel Ángel: «Las cautelas indeterminadas y las medidas cautelares

- específicas», en *Las medidas cautelares y los recursos*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 10/2000, CGPJ, Madrid, págs. 147 a 192.
- «Propiedad industrial y medidas cautelares», en *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 18/2004, CGPJ, Madrid, págs. 299 a 357.
 - *De las medidas cautelares en el Código de Código Procesal Civil*, módulo instruccional, impartido en Tegucigalpa MDC, del 16 al 20 de octubre de 2006, dentro del «Curso para Formación de Formadores de la Escuela Judicial», inédito.
- MORENO HELLÍN, José: «Modificación y alzamiento de las medidas cautelares, caución sustitutoria. Daños y perjuicios», en *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 18/2004, CGPJ, Madrid, págs. 63 a 99.
- MOSCOSO TORRES, Pablo: «Medidas cautelares», en *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, vol. II, varios autores (coordinados por Jesús Marina Martínez-Pardo y Daniel Loscertales Fuertes), Sepin, Madrid, 2000, págs. 1445 a 1482.
- ORTELLS RAMOS, Manuel: «El embargo preventivo (Síntesis de su régimen jurídico)», en *Las medidas cautelares*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 27/1993, CGPJ, Madrid, págs. 53 a 83.
- «Las medidas cautelares», en *Proceso civil práctico*, tomo VIII, varios autores, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2003, págs. 863 a 1495.
 - «La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000», en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, varios autores, colección «Estudios de Derecho Judicial», vol. 44/2003, CGPJ, Madrid, págs. 591 a 689.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto: «La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Las medidas cautelares y los recursos*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 10/2000, CGPJ, Madrid, págs. 19 a 96.
- PARDO NÚÑEZ, Celestino Ricardo, «La eficacia de la anotación preventiva de demanda», en *Las medidas cautelares*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 27/1993, CGPJ, Madrid, págs. 113 a 172.
- PLAZA GONZÁLEZ, Gregorio: «El aseguramiento de bienes litigiosos», en *Las medidas cautelares*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 27/1993, CGPJ, Madrid, págs. 173 a 245.
- POCH SERRATS, Juan: «Las medidas cautelares en la Ley del Arbitraje», en *Medidas cautelares por razón de la materia*, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, vol. 17/1997, págs. 231 a 267.

PROTO PISANI, Andrea: *Lezioni di Diritto processuale civile*, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1994.

RIFÁ SOLER, José María: «Requisitos de las medidas cautelares. Modificación y alzamiento de las cautelas», en *Las medidas cautelares y los recursos*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 10/2000, CGPJ, Madrid, págs. 97 a 145.

VALLS GOMBAU, José Francisco: «Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales», en *Las medidas cautelares*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 27/1993, CGPJ, Madrid, págs. 339 a 414.

— «Las medidas cautelares en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, varios autores, colección «Estudios de Derecho Judicial», vol. 17/1999, CGPJ, Madrid, págs. 15 a 73.

— «La unificación del procedimiento cautelar», en *Las medidas cautelares y los recursos*, varios autores, colección «Cuadernos de Derecho Judicial», vol. 10/2000, CGPJ, Madrid, págs. 257 a 345.

— *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, varios autores, 1.^a reimpresión, Iurgium editores, Barcelona, 2001, tomo III, págs. 3302 y ss.