

LA EXIGENCIA DE CAUCIÓN PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL Y SU POSIBLE COLISIÓN CON EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

THE REQUIREMENT OF CAUTION FOR THE ADOPTION OF PRECAUTIONARY MEASURES IN THE CIVIL PROCESS AND ITS POSSIBLE COLLISION WITH THE RIGHT TO EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION

Dra. Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa
*Profesora Titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho
Universidad de Deusto*

Fecha de recepción: 10 de julio de 2019
Fecha de aceptación: 3 de septiembre de 2019

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es el análisis de la incidencia que tiene el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita al demandante, en relación con el régimen de adopción de las medidas cautelares. En concreto, se analiza la incidencia que la insuficiencia de recursos económicos del demandante puede tener sobre la exigibilidad de prestación de la caución que la LEC impone o, en su caso, sobre la determinación de su cuantía.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyse the impact that the recognition of the right to free legal assistance to the plaintiff may have, in relation to the regime for the adoption of precautionary measures. In particular, it analyses the impact that the plaintiff's insufficient financial resources may have on the enforceability of the caution or guarantee imposed by the LEC or, where appropriate, on the determination of its amount.

PALABRAS CLAVE: Caución, medidas cautelares, asistencia jurídica gratuita.

KEYWORDS: Caution, precautionary measures, free legal assistance

SUMARIO: 1. Concepto y Fundamento de las medidas cautelares; 2. La caución como presupuesto para la adopción de medidas cautelares. 2.1. Finalidad de la caución como presupuesto de las medidas cautelares. 2.2. Alcance de su exigencia. 2.3. Régimen legal de la caución; 3. Asistencia Jurídica Gratuita y Caución; 4. Conclusiones.

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS

CAUTELARES

De la lectura de los artículos 721.1, 726.1 y 728.1 LEC cabe extraer un concepto legal de medida cautelar entendida como cualquier actuación directa o indirecta –siempre que reúna las características normativas del artículo 726- ordenada por el órgano judicial, respecto de los bienes o derechos del demandado (art. 726.1 LEC), tendente a “asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la –eventual (art. 728.1.I LEC)- sentencia estimatoria que se dictare” (721.1 y 727.11 LEC), “...de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente” (726.1.1º LEC).

No cabe duda de que la existencia y buena ordenación de un completo sistema de medidas cautelares es de extraordinaria importancia para una eficaz administración de justicia, ya que el conjunto de trámites necesarios para que el órgano judicial pueda dar una respuesta adecuada a las pretensiones de las partes, ejecutados bajo el imperio de los principios de igualdad y contradicción, supone necesariamente el transcurso de un período de tiempo que puede ser aprovechado por el demandado para frustrar las legítimas expectativas de éxito que pueda tener el demandante. En este sentido manifiestan los Autos de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, núm. 170/1998, de 22 de septiembre de 1998, (AC 1998\8796) y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, de 5 de mayo de 2000, (AC 2000\1999) que la finalidad de las medidas cautelares es la de “eludir los peligros de la tardanza del proceso en orden a garantizar que la resolución que en su momento se dictó tenga la misma eficacia que si hubiera recaído cuando la demanda fue presentada”.

Por tanto, a través de la regulación de las medidas cautelares se intenta normativamente asegurar la utilidad o efectividad de la futura sentencia que se dicte como culminación del proceso declarativo. En este sentido, existe una línea jurisprudencial consolidada en cuanto al fundamento constitucional de las medidas cautelares, de la que son sus máximos exponentes las Sentencias 14/1992, de 10 de febrero (RTC 1992\14) y 238/1992, de 17 de diciembre (RTC 1992\238). En la primera de ellas, se dice que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”. La segunda, reproduciendo la anterior, añade que “ciertamente, el artículo 24.1 CE no hace referencia alguna a las medidas cautelares (ni a la potestad de la suspensión). Pero de ello no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, efectiva, y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los derechos e intereses cuya protección se demanda”.

En la misma línea, la STC 148/1993 (Sala 2ª), de 29 de abril (RTC 1993\148), siguiendo los postulados de la resolución 14/1992 citada, sostiene que “de este mismo precepto (art. 24.1 CE) deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares. La efectividad que se predica de la tutela judicial respecto

de cualesquiera derechos e intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento de futuro que recaiga en el proceso”.

Por último, cabe mencionar la STC 218/1994, de 18 de julio (RTC 1994\218) en la que se señala que “cuando únicamente se alega el art. 24,1, debe tenerse presente que no toda vulneración de normas y derechos procesales producida en los procesos relativos a la adopción y ejecución de medidas cautelares es susceptible de convertirse en objeto del recurso de amparo. Desde esta perspectiva, sólo puede atribuirse esta condición cuando lo que se recurre es “un acto u omisión judicial que venga a negar decisivamente la protección procesal de los derechos e intereses legítimos cuya tutela se pretende ante los Tribunales” (STC 237/91, f. j. 2º), o, en otras palabras, cuando afecta a una medida cautelar que pretenda evitar un daño sobre los derechos e intereses controvertidos en el proceso principal que de producirse llevaría a que el objeto de esos derechos o intereses desapareciera o resultara tan gravemente afectado que sus titulares, aunque obtuviesen una resolución de fondo favorable, no podrían ejercerlo o, cuando menos, no podrían desarrollar todas las facultades que lo conformaban inicialmente. Esta limitación deriva del hecho de que, desde la perspectiva del recurso de amparo y del derecho a la tutela judicial efectiva, la finalidad constitucionalmente protegida de las medidas cautelares no es otra, como ya se ha dicho, que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo. El art. 24,1 CE exige que la tutela judicial sea efectiva y para ello debe evitarse que “un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24,1CE) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano judicial en su momento” (STC 238/92, f. j. 3º)”.

2. LA CAUCIÓN COMO PRESUPUESTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

2.1. Finalidad de la caución como presupuesto de las medidas cautelares

El artículo 728 LEC establece los presupuestos a los que se supedita la adopción de las medidas cautelares solicitadas: el peligro de mora procesal, la apariencia de buen derecho y el ofrecimiento de caución por parte del solicitante.

A los requisitos mencionados añade GARBERÍ LLOBREGAT¹, el de la idoneidad de la medida solicitada para asegurar la situación jurídica cautelable y el de la ausencia de otorgamiento, por parte del demandado, de la llamada caución sustitutoria de la medida cautelar regulada en los artículos 746 y 747 LEC, cuyo estudio escapa del contenido de la presente ponencia.

1 GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. M^a, CASERO LINARES, L., Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, págs. 31 y 32.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la adopción de la medida puede en ocasiones requerir la concurrencia de presupuestos específicos, como ocurre en el caso de la suspensión del acuerdo del artículo 727.10ª que deben solicitarla los accionistas que representen entre el 1 y el 5%).

El apartado tercero del artículo 728 LEC es el que se refiere concretamente a la prestación por el solicitante de caución que sirva de garantía al demandado para resarcirle, en su caso, de los posibles daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar haya podido irrogarle si, posteriormente, se pone de manifiesto que la medida carecía de fundamento.

La exigencia de caución al solicitante de la medida resulta coherente con lo establecido en el artículo 721 LEC, en virtud del cual las medidas cautelares se adoptan bajo la responsabilidad de quien las pide. La expresión “bajo su responsabilidad” hace referencia a que, en caso de que posteriormente resulte que las medidas eran infundadas, responderá el solicitante de los daños y perjuicios irrogados al sujeto pasivo de dichas medidas, para lo cual deberá haber prestado la correspondiente caución.

En este sentido, pone de manifiesto ORTEGO PÉREZ que “Fundamentalmente, la obligación que aseguran las cauciones procesales no es otra que el pago de la responsabilidad pecuniaria por los posibles daños y perjuicios que la actuación concreta cuya práctica se solicita al juez pudiera causarle a la otra parte. Mediante su previsión y exigencia legal se pretende contrarrestar la hipotética causación de un daño futuro, evitando que por la concesión de una momentánea tutela jurídica, que prima facie se presenta como fundada, llegue a situarse al otro litigante en una situación desventajosa para sus intereses”².

Desde esta perspectiva, la caución constituye igualmente un instrumento útil para disuadir al solicitante de formular peticiones infundadas o gratuitas³.

2.2. Alcance de su exigencia

Es generalizada la opinión de que la prestación de la caución no es un elemento que fundamente la adopción de la medida cautelar. A estos efectos, es suficiente el simple ofrecimiento por el solicitante de prestar caución para el caso de que la medida sea adoptada⁴. Considero que valdría, igualmente, la mención expresa a la caución en la petición cautelar, aunque sea para interesar su exención.

A estos efectos hay que señalar que la LEC recoge los supuestos en los que el órgano jurisdiccional puede eximir al solicitante de prestar caución. Por un lado, el art. 728.3.4 LEC, dispone que en los procesos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de intereses colectivos y de intereses difusos de consumidores y usuarios, el juez podrá dispensar al solicitante de la medida

2 ORTEGO PÉREZ, F., “La caución procesal y su exigencia en supuestos concretos de la ejecución forzosa”, *Práctica de Tribunales*, núm. 95, Sección Estudios, Julio-Agosto 2012, LA LEY 7204/2012, p. 2.

3 Finalidad ésta que pone de manifiesto el AAP de Granada, Secc. 4ª, de 17 de diciembre de 2002, rec. 487/2002.

4 En efecto, establecen que para la adopción de la medida es exigible únicamente que se haga el ofrecimiento de caución, sin necesidad de que ésta se constituya hasta un momento posterior, las siguientes resoluciones, entre otras: AAP Las Palmas, Sección 5ª, 4/2006, de 16 de enero; AAP Madrid, Sección 19ª, 264/2005, de 11 de noviembre; AAP Toledo, Sección 1ª, 19/2005, de 15 de marzo; AAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 51/2005, de 11 de abril; AAP La Rioja, Sección 1ª, 107/2005, de 27 de septiembre; AAP Guadalajara, Sección 1ª, 55/2005, de 3 de junio y AAP Madrid, Sección 10ª, 224/2005, de 14 de junio.

cautelar del deber de prestar caución a la vista de las circunstancias del caso y de la entidad económica y social de los intereses afectados. En segundo lugar, el art. 768.3.2 LEC establece que en los procesos sobre paternidad y filiación el juez podrá no exigir caución al solicitante de medidas cautelares. Tal como indica FERNÁNDEZ LÓPEZ, en ambos casos, la exención es potestativa, de modo que sólo se producirá si el órgano jurisdiccional, a la vista de las circunstancias concurrentes, lo considera oportuno, por lo que, a la espera de dicha decisión, el demandante deberá ofrecer caución⁵.

El ofrecimiento debe incluirse en la solicitud cautelar y no puede ser genérico de constituir la caución en el caso de que se fije y de la clase y cuantía que determine el tribunal, sino que ha de ofrecerse la prestación de una caución de calidad y cuantía determinadas y con argumentación que justifique su cuantía (art. 732.2 LEC). De esta manera, se posibilita la defensa del demandado en cuanto a este presupuesto, ya sea en la vista (art. 734.2.3 LEC), ya sea en la oposición posterior (art. 740.1 LEC), y se proporciona al tribunal fundamentos para su resolución sobre “la forma, cuantía y tiempo en que debe prestarse la caución por el solicitante” (art. 735.2.1 LEC). La falta de ofrecimiento debe llevar consigo la inadmisión a trámite de la solicitud⁶, si bien la doctrina de las Audiencias Provinciales es contradictoria en relación con la posibilidad de previa subsanación. A favor de la subsanabilidad se manifiesta, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14^a, de 2 de diciembre de 2003, rec. 560/20037, argumentando que, pese a la dicción del artículo 732.3 LEC, ninguna disposición legal prescribe que su omisión sea insubsanable, ni que la falta de este requisito impida el conocimiento de la petición deducida. Por contra, el artículo 231 LEC contiene una expresa referencia al principio de subsanación, que se acomoda además al principio de interpretación de las normas en el sentido más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, lo que impone buscar, en cuanto sea posible, vías de subsanación de defectos procesales. De este modo, lo que sería indispensable es que la resolución señale la caución que estime procedente, que es facultad del tribunal, y que la parte que ha de verse afectada por la medida pueda alegar lo que estime oportuno acerca de la misma (...). No existiendo pues indefensión de clase alguna, no procede estimar improcedente la medida por la omisión de ofrecimiento de fianza en el escrito inicial.

En contra de esta tesis, el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6^a, de 8 de mayo de 2003, rec. 38/2003, se pronuncia en el sentido de que “la

5 FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “La caución en las medidas cautelares”, Práctica de Tribunales, N^o 30, Sección Informe de Jurisprudencia, Septiembre 2006, Editorial LA LEY, LA LEY 2019/2006

6 Vid. AAP Madrid, Secc. 28^a, de 31 de julio de 2006, rec. 304/2006 y AAP La Rioja, Secc. 1^a, de 27 de septiembre de 2005, rec. 279/2005.

7 Mantienen la tesis de la subsanabilidad igualmente las siguientes resoluciones: AAP de Girona, Sección 2^a, de 27 de noviembre de 2002, rec. 520/2002; AAP de Barcelona, Secc. 14^a, de 18 de noviembre de 2002, rec. 850/2002; AAP de Sevilla, Secc. 2^a, de 8 de febrero de 2005, rec. 1311/2004; AAP de Zaragoza, Sección 5^a, de 31 de enero de 2006, rec. 642/200. Considera que debe favorecerse la posibilidad de su subsanación con fundamento en el artículo 424 LEC como paso previo a acordar la medida –sin audiencia de la parte contraria– o a incoar el procedimiento cautelar ordinario ARSUAGA CORTAZAR, J., “Medidas cautelares LEC 1/2000: Algunos problemas prácticos y su posible solución”, SEPIN, LEC, n^o 23, octubre 2002, p. 20.

ORTIZ PADRILLO, se muestra igualmente favorable a la subsanabilidad con base en la doctrina del Tribunal Constitucional respecto al «principio pro actione» en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales y las consecuencias que de su omisión pueden derivarse. Juan Carlos ORTIZ PRADILLO Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal en la Universidad de Castilla-La Mancha (1) Diario La Ley, N^o 7350, Sección Doctrina, 25 de Febrero de 2010, Año XXXI, Ref. D-60, Editorial LA LEY LA LEY 221/2010

ausencia absoluta de cualquiera de los requisitos esenciales en el momento de petición inicial, no pueden ser subsanados. (...) el ofrecimiento de caución como requisito esencial no subsanable se demuestra en la nueva regulación de la caución sustitutoria de los arts. 746 y 747 LEC. Dicha caución sustitutoria que puede prestar el demandado cautelar para alzar las medidas adoptadas, tiene que estar en inmediata relación con la ofrecida por el demandante, por lo que es necesario que el demandado tenga conocimiento exacto de la que se ofrece por la contraparte. (...) Cuestión distinta es que en el ofrecimiento de la caución no concurriera alguno de los requisitos que se establecen en el art. 732 LEC, (...). En este caso cabría la posibilidad de entender cumplido el requisito esencial y posteriormente, bien de forma previa a la admisión o al inicio del propio acto de la vista, requerir a la parte solicitante que subsane dichos defectos”⁸.

Por último, aceptando la subsanabilidad, pero introduciendo una precisión importante, el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª, de 5 de enero de 2002, rec. 297/2003, señala que “aunque tal defecto ha de considerarse subsanable y en el mismo sentido se pronuncia igualmente la AP de Córdoba, Sección 2ª, en Auto de fecha 27 de enero de 2003, sólo es posible hasta el momento de la vista para la audiencia de las partes del art. 734 LEC (...), pero no en posterior momento”⁹.

En todo caso, la prestación es presupuesto imprescindible para cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada (art. 737.1 LEC)¹⁰.

2.3. Régimen legal de la caución

Las notas que caracterizan el régimen de la caución en la LEC son las siguientes:

1º Será el tribunal quien fije el tipo y cuantía de la caución. En cuanto a la calidad de la caución, ésta puede adoptar cualquiera de las formas previstas en el artículo 529.3.II LEC, a saber, el depósito irregular de dinero efectivo, el aval de entidad de crédito o de sociedad de garantía recíproca con ciertas características (solidario, de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento) o cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate. Lo que se pretende es no tener que recurrir a un procedimiento para hacer efectiva la cantidad garantizada¹¹.

Por lo que se refiere a la cantidad garantizada, no se trata de asegurar el valor económico de la pretensión actora, ni su abono, “sino los perjuicios que la restricción que lleva consigo la medida (en orden a la limitación de las

8 Partidarias de la insubsanabilidad son también las siguientes resoluciones: AAP de Madrid, Sección 20ª, Auto 378/2008 de 14 de noviembre de 2008, rec. 58/2008. La SAP Madrid, Secc. 20ª, nº 401/2010, de 25 enero, sostiene que el ofrecimiento de caución en la solicitud es un requisito material cuya ausencia no puede ser subsanado, dado que es un requisito esencial de la ordenación del proceso y, por tanto, no puede dejarse al arbitrio del solicitante de la medida el momento en que debe cumplir con lo dispuesto de forma clara en el art. 732.1 y 3 LEC.

9 En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, Auto 272/2008 de 26 Sep. 2008, Rec. 437/2008.

10 Vid. En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “La caución en las medidas cautelares”, Práctica de Tribunales, núm. 30, Sección Informe de Jurisprudencia, septiembre 2006, LA LEY 2019/2006, p. 1.

11 Vid. Sobre forma y calidad en la prestación de caución, CARRERAS MARAÑA, J.M., “Particularidades de la caución y caución sustitutoria en las medidas cautelares”, Práctica de Tribunales, núm. 10, LA LEY 2273/2004, pp. 3 y ss .

posibilidades de disposición del bien al que afecta, fundamentalmente) puede ocasionar, perjuicios que no guardan relación con dicho valor, por lo que éste no es un criterio de referencia idóneo para fijar la cuantía”.

El párrafo segundo del artículo 728.3 LEC establece dos criterios a los que debe atender el tribunal para determinar la cuantía de la caución:

La naturaleza y contenido de la pretensión, lo que puede entenderse referido a la concreta medida cautelar que el actor pretende que se acuerde (o, en otros términos, lo “similar” que sea la medida cautelar que se pretende con la ejecución de la sentencia estimatoria que hipotéticamente se dictare). A mayor similitud, mayor será la caución que deba prestarse¹²

La valoración que se realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida. El Juez deberá tener en cuenta la intensidad del *fumus boni iuris*, lo que, a juicio de FERNÁNDEZ-BALLESTEROS “añade una mayor presión al Juez en el momento de analizar la apariencia de buen derecho, y establece una cierta relación de “balanceo” entre el análisis de la solidez del derecho del actor y la cuantía de fianza”. No sería bueno, añade el mencionado autor, “que el Juez compensara eventuales endebleces en el derecho del actor con la cuantía de la caución”¹³.

2º En la misma resolución en que se acuerde deberá fijarse un plazo para la prestación de la caución. Si no se constituye en el plazo establecido, deberá dictarse auto dejando sin efecto el auto previo de concesión¹⁴.

3. ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA Y CAUCIÓN

La Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en su artículo 6, no menciona la caución entre las prestaciones del derecho a la asistencia jurídica gratuita, por lo que, en principio, se puede afirmar que el derecho a la asistencia jurídica gratuita no exime de su prestación.

Esta circunstancia, unida al carácter preceptivo con el que se establece la prestación de la caución para la ejecución de las medidas cautelares, ha llevado a algunos autores a cuestionar la constitucionalidad del régimen legal¹⁵, por entender que podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del solicitante que, por carecer de recursos económicos suficientes, se viera privado de la adopción de medidas cautelares al no poder hacer frente a la caución fijada, a pesar de la concurrencia de los presupuestos relativos al *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en la Sentencia 202/1987, de 17 de diciembre. En el supuesto analizado,

12 Así lo interpreta FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., “Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares”, en GONZÁLEZ SORIA, J. (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003*, de 23 de diciembre, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 274, nota núm.12.

13 FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., RIFÁ SOLER, J.Mª, VALLS GOMBAU, J.F., *Comentarios...*, op.cit., p. 3.299.

14 En este sentido estima ARSUAGA CORTAZAR que no es posible, en suma, que el que hubiera obtenido en su favor la concesión de una medida disponga del plazo para constituir la caución a su merced, ni que pueda superarlo sin justificación. (ARSUAGA CORTAZAR, J., “Medidas cautelares...”, op.cit., p. 20).

15 Vid. CALDERÓN CUADRADO, Mª P. y MARTÍN PASTOR, J., “Tutela judicial efectiva, derecho de asistencia jurídica gratuita y medidas cautelares (Sobre la caución como presupuesto de la tutela cautelar civil y el acceso a la misma de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”, *Tribunales de Justicia*, marzo, 2001, pp. 1-20.

habiéndose determinado como valor de la pretensión el de cien millones de pesetas, la fianza se había fijado por el Juzgado de Primera Instancia en veinticinco millones, tras una valoración del posible perjuicio económico que para el titular registral podía ocasionar la medida. Dada la elevada cuantía, el solicitante no pudo constituir la fianza. La parte entonces interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Territorial de Barcelona (Sala 1ª) que fue desestimado por el auto frente al que se formuló recurso de amparo solicitando su declaración de nulidad, basándose en el argumento de que el tribunal ordinario, al no haber interpretado y aplicado el presupuesto de la caución de modo que no impidiera su cumplimiento a una persona que carecía de recursos económicos para ello, había violado el principio de igualdad del artículo 14 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 del mismo Texto Fundamental.

El recurrente mantuvo que se había vulnerado el artículo 14 CE al haberse exigido la prestación de fianza, cuando de ello estaba exento por su condición de beneficiario de justicia gratuita, ya que entendía que debían ser de aplicación los efectos de este beneficio a la prestación de fianza, mediante una interpretación y aplicación extensiva del artículo 30.3 LEC de 1881, que eximía al litigante con ese beneficio de "hacer los depósitos que sean necesarios para la interposición de cualesquiera recursos".

En cuanto al artículo 24.1 CE, basaba su vulneración en que no era razonable exigir a un litigante, con derecho de justicia gratuita, la prestación de una fianza tan elevada, porque hacía inútil e impedía el ejercicio de su derecho, al carecer de bienes suficientes.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo con base en la siguiente fundamentación jurídica:

En cuanto al artículo 14 CE, consideró que no se había violado el derecho de igualdad en ninguna de sus dos manifestaciones:

-No hubo infracción del derecho a la igualdad en la ley porque "No puede hablarse, en efecto, de desigualdad como efecto de la regulación de dos normas distintas, justamente por prever situaciones o supuestos de hecho dispares, como lo son los referidos a depósitos para recurrir o interponer cualquier recurso (art. 30.3 LEC) por un lado, y de otro la exigencia, potestativa en su concesión por el Juez, de caución para salvaguardar el posible perjuicio causado por una medida cautelar, medida que exige del Juez una ponderación de los intereses contrapuestos en el proceso civil. El primer supuesto es un obstáculo, un presupuesto legal de acceso al recurso, del que se exime al litigante impecune para completar con su exención el beneficio de justicia gratuita, ya que ésta ha de entenderse aplicable a todas las instancias y a las exigencias que la Ley establece, de orden público procesal; en tanto que el segundo, la caución es una garantía accesoria, una medida cautelar que la Ley autoriza adoptar al Juez en beneficio de la parte demandada, quien con la anotación preventiva ve restringidos sus derechos inscritos en cuanto a su eventual disponibilidad. Son, pues, dos normas distintas, que responden a hipótesis diferentes y que se orientan hacia una finalidad dispar".

-No hubo, por otro lado, desigualdad en la aplicación de la Ley porque "Para que pudiera hablarse de esa desigualdad se precisaría, en efecto, aportar el

término de comparación y acreditar en qué casos se ha aplicado la norma en cuestión de modo distinto o contrario, con resultado discriminatorio”.

El Tribunal Constitucional consideró igualmente que no cabía entender infringido el artículo 24.1 CE ya que “La tutela judicial, se ha dicho reiteradamente, garantiza el acceso a la jurisdicción y a una respuesta judicial fundada en Derecho, no necesariamente concorde con la pretensión de la parte, pero que tampoco vulnere algún derecho constitucionalmente reconocido. (...), según todo lo expuesto, no puede decir esa parte que su derecho al proceso le ha sido impedido por el auto en cuestión. Lo que dicha resolución le ha suspendido -no impedido- es la constatación registral de una petición accesorias del derecho principal y material que ejercita en el proceso en el que esa petición se formula, proceso que sigue sus trámites y en el que se decidirá en consecuencia. La anotación preventiva de su demanda no afecta al fondo de su derecho, respecto del cual se dará respuesta en sentencia. La anotación es sólo una garantía de la ejecución, en su caso, y la vicisitud positiva o negativa de su acuerdo no impide el ejercicio del derecho principal, aunque la negativa pueda significar un inconveniente o una mayor dificultad de ejecución. Pero esa dificultad hipotética es también la que puede afectar a la parte demandada, a quien la Ley protege también con la fijación y exigencia, en su caso, de la fianza. No puede, pues, considerarse que en este contraste de intereses privados distintos se vulnere la tutela judicial por condicionar a una fianza, cuya adecuación se razona por el Juez, la concesión de una petición accesorias de garantía que ha de alcanzar (la garantía) a las dos partes enfrentadas, y que en modo alguno impide que el proceso siga su curso”.

El criterio del Tribunal Constitucional ha sido seguido por los órganos judiciales, y en esta línea las Audiencias Provinciales se vienen manifestando de forma casi unánime en el sentido de confirmar que el beneficiario de asistencia jurídica gratuita no está exento de prestar caución¹⁶.

A pesar de ello, hoy en día, considero que la cuestión no puede considerarse totalmente cerrada, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional que, de forma consolidada, incluye, dentro del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara el artículo 24.1 CE, el derecho a que se adopten medidas cautelares. Así, en la Sentencia 14/1992, de 10 de febrero, se dice que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”. La Sentencia 238/1992, de 17 de diciembre, reproduciendo la anterior, añade que “ciertamente, el artículo 24.1 CE no hace referencia alguna a las medidas cautelares (...). Pero de ello no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, efectiva, y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los derechos e intereses cuya protección se demanda”.

En la misma línea, la STC 148/1993 (Sala 2ª), de 29 de abril, sostiene que “de este mismo precepto (art. 24.1 CE) deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares. La efectividad que se predica de la tutela judicial respecto

¹⁶ Vid., entre otros, AAP de Madrid, Secc. 21ª, de 21 de noviembre de 2006, rec. 753/2004; AAP Madrid, Secc. 10ª, 311/2012, de 9 de octubre y AAP Cádiz, Secc. 2ª, 125/2012, de 5 de noviembre.

de cualesquiera derechos e intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento de futuro que recaiga en el proceso”.

Por último, cabe mencionar la STC 218/1994, de 18 de julio en la que se señala que “desde la perspectiva del recurso de amparo y del derecho a la tutela judicial efectiva, la finalidad constitucionalmente protegida de las medidas cautelares no es otra, (...), que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo”.

Si se parte de que la tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido a todos los ciudadanos, podría cuestionarse si se está negando dicho derecho a los sectores más desfavorecidos de la población, si estamos ante una disminución o incluso una desaparición de las posibilidades de que la tutela judicial que solicita el litigante carente de recursos económicos sea efectiva.

Sin embargo, la opción contraria, es decir, la exención de caución en tales supuestos, podría contribuir al planteamiento de solicitudes infundadas y, sobre todo, a la desprotección del sujeto pasivo¹⁷. Ante esta disyuntiva son varias las propuestas que se han barajado:

Por un lado, la inclusión de la caución entre las prestaciones derivadas del derecho a la asistencia jurídica gratuita. A este respecto, cabe mencionar que el artículo 6 del Proyecto de Asistencia Jurídica Gratuita¹⁸ en el inciso e del apartado 1 prevé expresamente que “el contenido de este derecho no incluye las fianzas, cauciones y otro tipo de consignaciones que pudieran exigirse o derivarse de la responsabilidad del titular del derecho”. Es decir, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no influirá sobre el presupuesto de la solicitud de la medida cautelar consistente en el ofrecimiento de la caución. Se descarta así, expresamente, la aplicación a las medidas cautelares de la exención prevista para los depósitos, que ciertamente planteaba problemas en tanto en cuanto, como pone de manifiesto PÉREZ DAUDÍ¹⁹, recogiendo otras opiniones en la misma línea, “la finalidad del art. 6.5 Ley de Asistencia Jurídica Gratuita de 1996 es que sólo interpongan los recursos aquellas personas que realmente consideren que tienen posibilidades de que sea estimado y no con una finalidad dilatoria del proceso. A través de esta norma el Estado renuncia a un gravamen que ha impuesto a la parte recurrente para permitirle interponer el recurso, pero no puede dejar indefenso al afectado por la adopción de la medida cautelar. Si efectuáramos esta interpretación analógica el legislador renunciaría a un derecho que no es del Estado, sino que corresponde al afectado por la medida cautelar”. No se trata, en definitiva de supuestos iguales, entre los que se aprecie la identidad de

17 Para ARMENGOT VILAPLANA, “Eximir del presupuesto de la caución para obtener tutela cautelar a la persona que tiene reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita podría lesionar el interés privado del sujeto pasivo de la medida”. (ARMENGOT VILAPLANA, A., “La caución. Presupuesto para la adopción de medidas cautelares”, *Práctica de Tribunales*, Nº 30, Sección Estudios, septiembre 2006, LA LEY 2018/2006).

18 http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-84-1.PDF

19 PÉREZ DAUDÍ, V. “La asistencia jurídica gratuita y las medidas cautelares en el proceso civil”, *Diario La Ley*, núm. 8420, Sección Tribuna, 13 de noviembre de 2014, LA LEY 8067/2014, p. 1.

razón que obligue a aplicar la norma prevista para el caso regulado al supuesto no contemplado (art. 4.1 C.c.)²⁰.

A efectos de evitar lesionar el interés privado del sujeto pasivo de la medida, garantizando a su vez la igualdad real en el acceso a la tutela cautelar se ha propuesto que se regule la asunción de responsabilidad por el Estado²¹.

Ante la falta de regulación legal, cabría igualmente cuestionarse si el Juez puede eximir del cumplimiento de este requisito, a fin de garantizar la efectividad de la eventual sentencia condenatoria que se dicte, cuando exista *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, pero el solicitante carezca de recursos para prestar caución. A esta posibilidad se podría objetar, en primer lugar, que el art. 728.3.I LEC establece que «salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución», lo que implica que para que ésta no sea exigible será precisa una norma que expresamente disponga la no exigibilidad de la caución²². No obstante, tal como se razona en el Auto de la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección 5ª, de 29 de mayo, rec. 559/2006, si bien el artículo 728.3 LEC únicamente exime al solicitante de la medida cautelar de la prestación de caución en el caso en que “expresamente se disponga otra cosa”, cabe preguntarse si tal mención expresa puede hacer referencia al contenido del auto que adopte la medida cautelar. Y en este sentido, cita el artículo 735.2 LEC que regula el contenido del auto acordando medidas cautelares, dice “...determinando, en su caso, la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse caución por el solicitante”. Con base en este precepto, considera la Audiencia en el Auto mencionado que se están “reconociendo por tanto que existen casos en los que no debe prestarse caución, en clara coordinación con el artículo 728.3 que contiene una excepción a la regla general. Y finalmente la dicción del artículo 737 debe también relacionarse con el contenido de los preceptos aludidos y únicamente será de aplicación a los supuestos generales en los que el Auto que acuerde la medida cautelar señale caución a prestar por el solicitante de la medida (...), pero no en aquellos casos excepcionales en que no se fije tal caución”. Con base en estos argumentos, concluye que “En la hipótesis en que se estime que la excepción que contiene el artículo 728.3 puede contenerse en la resolución judicial, y no necesita por tanto

²⁰ Cfr. Sentencia de AP de Granada, Secc. 3ª, de 12 de diciembre de 2011, rec. 542/2011.

²¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “La caución en las medidas cautelares”, op.cit. Esta es igualmente la propuesta de ARMENGOT VILAPLANA A., “La caución. Presupuesto para la adopción de medidas cautelares”, *Práctica de Tribunales*, N° 30, Sección Estudios, septiembre 2006, LA LEY 2018/2006.

Señala en este sentido ORTELLS RAMOS que si bien no ha de ser indiferente a los problemas de igualdad real de acceso a la tutela cautelar, su solución requiere necesariamente –como los restantes contenidos del derecho a la asistencia jurídica gratuita– un tratamiento prestacional; en este caso, específicamente, la asunción de la responsabilidad por el Estado. (ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, op.cit., p. 186). CALDERÓN CUADRADO se refiere igualmente a lo que considera una improbable, pero no imposible, determinación futura de una responsabilidad del Estado, señalando que, al margen de dicha solución, habría sido conveniente buscar sistemas intermedios que pudieran tener en cuenta la capacidad económica del solicitante. (CALDERÓN CUADRADO, Mª. P., “La respuesta de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil a cuatro temas controvertidos en materia cautelar”, *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, XXII Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado y la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia/ Santander Central Hispano, Madrid, 2002, pp. 723-724).

MARÍN PAGEO, E., “Notas en tomo a la contracautela en el proceso civil, como manifestación del derecho a la tutela efectiva. Su presunta colisión con el art. 14 de la Constitución”, en *La Ley*, 1988.111, pp. 861-862, considera que la inclusión de la caución dentro del beneficio de justicia gratuita y la asunción por el Estado de la obligación de prestar dicha caución es excesiva, improcedente, paternalista y contraproducente

²² En este sentido, entre otros, el AAP Madrid, Sección 28ª, de 31 de julio de 2006, rec. 304/2006 considera que la caución no es de apreciación facultativa del Tribunal, sino una exigencia legal que sólo puede excluirse por expresa disposición de la Ley. El AAP de Asturias, Secc. 7ª de 28 de enero de 2003, rec. 665/2002 reitera el carácter imperativo de la caución.

que se contenga previamente en una norma jurídica expresa, cabe preguntarse cuál sea la razón por la cual pueda expresamente eximir el órgano jurisdiccional al solicitante de la prestación de caución en el Auto que se dicte”.

A este respecto, considera el Auto que “lo determinante para eximir de prestación de caución ha de ser en todo caso la inocuidad de la medida interesada”²³, es decir la consideración de que la adopción de la medida no causará daños indemnizables, por lo que desaparece la razón de ser de su exigencia²⁴.

Desde luego, la inocuidad de la medida sería argumento de peso a esgrimir en tales supuestos, en caso de imposibilidad de hacer frente a la caución. El problema subsiste, sin embargo, cuando la adopción de la medida sí causa daños al demandado y, por tanto, cabe la posibilidad de tener que hacer frente a una indemnización, si llega a desestimarse la demanda. Para estos supuestos, en los que no se puede prescindir de la caución, cabría plantearse si, aunque la Ley no lo establece expresamente, por exigencia constitucional, para no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del solicitante de la medida, debería tenerse en cuenta en la determinación de la cuantía de la caución la posición económica del mismo, para así poder atender a la situación de aquellos litigantes que, presentando consistentes indicios de buen derecho, pudiesen verse privados de obtener la tutela cautelar si se les impusiese una fianza considerablemente elevada²⁵. En contra de esta tesis se argumenta que esta actuación de los Poderes públicos no puede realizarse en detrimento de los derechos de la parte contraria, y que el tomar en consideración la desigualdad en la capacidad económica supondría desnaturalizar el fundamento de las medidas cautelares²⁶.

A pesar de las posibles objeciones que se pueden plantear, es una propuesta que está en consonancia con el criterio mantenido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 25 de febrero de 2002, Sala 2ª, nº 45/2002, rec. 2632/1998, BOE 80/2002, de 3 abril 2002²⁷, en la que, en un caso relativo a la caución fijada al

23 En dicha resolución se considera igualmente que otro de los supuestos en los que sería admisible tal exención sería el del allanamiento de la parte demandada en cuanto a la no prestación de caución, siempre que las pretensiones objeto del proceso sean disponibles por las partes.

24 Vid. AAP Madrid, Sección 14ª, núm. 168/2003, de 11 septiembre.

25 Cita, como ejemplo de tales situaciones, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, la situación de un autor no acaudalado cuando pide que se cese cautelarmente la comercialización de su obra o la de un consumidor no adinerado que formula una bien fundamentada reclamación de daños ocasionados por el uso de un producto defectuoso que le ha originado graves perjuicios. Este autor, en previsión de supuestos similares, considera que la Ley debería haber tenido en cuenta como factor de ponderación la posición económica del solicitante de la medida (ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA J.J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coords.), Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil, op.cit., p. 701).

FAIRÉN GUILLÉN, V., “El proceso cautelar en la Ley de Sociedades Anónimas”. en Temas del Ordenamiento Procesal, 11, Madrid, Tecnos, 1970, p. 952, considera que en la determinación de la cuantía de la caución también se debe tener en cuenta la capacidad económica del demandante. Este autor considera que la caución deberá ser valorada y declarada por el juez como «bastante», debiendo el mismo “valorar escrupulosamente los datos a su disposición en cuanto a la cuantía de la caución solicitada en relación con la de los eventuales perjuicios, para evitar que la parte actora, en los casos en que sea económicamente más débil, no padezca en sus legítimos intereses, por abusar la demandada de su condición de más fuerte”. También son partidario de atender a la capacidad económica del solicitante de la medida cautelar GONZÁLEZ PÉREZ, J., Comentario a la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), Madrid, Civitas, 1998, pp. 2084-2085; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Las medidas cautelares en la nueva legislación sobre bienes inmateriales y Derecho de la competencia”, en AAVV, Homenaje a H. Baylos. Estudios sobre Derecho industrial, Grupo español de la AIPPI, Barcelona, 1992, p. 74.

26 PÉREZ DAUDÍ, V. “La asistencia jurídica gratuita...”, op.cit., p. 2.

27 Criterio éste seguido por los tribunales. A este respecto se puede consultar, entre otras, las Sentencias de la AP de Las Palmas, Secc. 4ª, de 3 de febrero de 2014, rec. 996/2012; de la AP de Guadalajara, Sección 1ª, de 30 de

demandante de contradicción para oponerse en un procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, se señala que, debe realizarse una ponderación de las circunstancias del caso que tenga en cuenta el objeto y contenido de la pretensión ejercitada en la demanda, y las consecuencias económicas que para el demandante se derivan de la conducta perturbadora del derecho real inscrito que se imputa al demandado, pero también debe tenerse en cuenta "la capacidad económica de éste, pues la exigencia de una caución que hiciera impracticable el ejercicio de su derecho de defensa, impidiéndole contestar a la demanda y oponerse a la pretensión del actor ("demanda de contradicción"), podría constituir una privación del derecho a la tutela judicial efectiva que vulneraría el art. 24.1 CE al impedir el acceso al proceso sumario en el que le ha situado la contraparte"²⁸.

4. CONCLUSIONES

La adopción de una medida cautelar pretende garantizar la efectividad de una eventual, en cuanto hipotética, sentencia estimatoria. En el caso de que finalmente la sentencia desestimase la demanda, se habrían causado al demandado unos perjuicios injustos por los cuales debería ser resarcido, pronta y rápidamente, sin necesidad de tener que acudir a su vez a un proceso declarativo en el que paralelamente, de forma instrumental, se viese obligado a ejercitar una pretensión cautelar.

La caución es el remedio previsto por el Legislador para el caso que se demostrase la falta de fundamento de la cautela adoptada.

Ahora bien, hay que distinguir entre la prestación de caución que es un presupuesto de ejecución, y el ofrecimiento que es previo a la prestación, en cuanto es presupuesto legal para la adopción de la medida y debe contenerse en la solicitud de la medida.

La falta de ofrecimiento es un defecto subsanable hasta el momento de la vista para la audiencia de las partes del artículo 734 LEC, pero no en posterior momento.

El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita al demandante no le exime de la obligación de prestar caución, sin perjuicio de que consideremos que, a pesar de no estar expresamente previsto, el Juez deberá tener en cuenta la capacidad económica del solicitante, al tiempo de fijar la cuantía de la caución, a fin de evitar la determinación de cauciones que en la práctica, impidan la adopción de una medida cautelar que pueda ser necesaria para garantizar el cumplimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

octubre de 2013, rec. 74/2013; de la AP de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 494/2016 de 5 de diciembre de 2016, Rec. 740/2016.

²⁸ En la STC 146/1991 se indica que existe indefensión en la exigencia de requisitos previos determinante de la imposibilidad de acceso a determinados procesos. Así mismo, la también Sentencia del citado Tribunal 206/1987 alude a que los Jueces no pueden imponer requisitos o consecuencias impeditivas, obstaculizadores, limitativas o disuasorias en el ejercicio de acciones, matizando que cuando tales circunstancias vengan impuestas por ley, como ocurre en los supuestos de exigencias de caución o fianza para la efectividad de determinadas actuaciones procesales, se recomienda por el citado Tribunal la moderación de las cuantías con el fin de evitar la indefensión.