

Asignatura Derecho Procesal II Título Medidas cautelares, segunda parte
Autor Manuel Gallego Morel Día de grabación 21 de noviembre del 79 Día de
emisión 19 de diciembre del 79 Medidas cautelares, segunda parte Decíamos
en nuestro anterior guión referido a las medidas cautelares que estas
están perfectamente delimitadas en el derecho español y recogidas en la
unidad didáctica correspondiente Tema 10 de la unidad didáctica segunda
Pero hay unas medidas que quizá merezcan un comentario más amplio por su
falta de definición de la ley de enjuiciamiento civil y que hemos
comprobado esa misma incertidumbre en los ejercicios de examen que en una
ocasión, me parece que el curso pasado ya ofrecimos a nuestros alumnos

alumnos. Se trata, como ya sabéis y os anuncié, de las medidas no
definidas en el artículo 1428 de la ley. A mi modo de ver, debíamos
utilizar más que la definición o no definición el concepto de
indeterminación, o sea, medidas indeterminadas de dicho precepto.
Introducido en la ley de enjuiciamiento civil al final del título que se
ocupa del aseguramiento de los bienes litigiosos, sin epígrafe alguno
definitivo, se haya dicho artículo cuyo texto es el siguiente y que creo
que conviene recordar. Cuando se presente en juicio algún documento de
los comprendidos en los tres primeros números del artículo siguiente, en
donde aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer o la de
entregar cosas específicas, el juez podrá adoptar a instancia del
demandante y bajo la responsabilidad de éste las medidas que según las
circunstancias fueran necesarias para asegurar en todo caso la
efectividad del artículo. La sentencia que en el juicio recayere. Si el
que solicitar estas medidas no tuviera solvencia notoria...

y suficiente, el juez deberá exigirle previo y bastante afianzamiento
para responder a la indemnización de los daños y perjuicios que puedan
ocasionarse. Como dice la unidad didáctica, nada más prescribe la ley.
Por ello, sería conveniente, además de las ideas básicas expuestas en
dicha unidad, comentar otras que complementen tan trascendental y
polémico artículo. Sobre él, la doctrina se ha debatido en muchos de sus
temas e imprevisiones. Baste solo citar los estudios de los profesores
Pietro Castro, Fairen, Orbaneja, Herce, Fenex, Carreras, Manzanares,
Tomé, González Montes y yo mismo al que dediqué un estudio en la revista
del Derecho Procesal de 1953. En principio, no hay duda que se trata de
un auténtico proceso cautelar, sea cual fuere el grado de autonomía que
se le conceda por la mención. Nada doctrina. El proceso cautelar previsto
en el artículo 1428...

reúne todas las características necesarias para acreditar tal
naturaleza. Son jurisdiccionalidad, porque viene confiado no solamente a
órganos jurisdiccionales y no administrativos, sino incluso al órgano
jurisdiccional que en concreto conoce del juicio principal.
Instrumentalidad, porque como escribe Calamandré, su objetivo consiste en
asegurar la eficacia real de una resolución definitiva que es la que
actúa verdaderamente el derecho. Se orienta en exclusivo a la efectividad
de la sentencia del juicio principal. Periculum more, manifestado en el
temor a que el retraso en la efectividad del derecho en su ejecutoriedad
se traduzca en una modificación de la situación inicial, de manera que al
daño cuyo reintegro se busca por la sentencia se una el producido por una
duración del proceso. Provisionalidad, dado que los efectos de la
resolución cautelar se encuentran subordinados a la realidad del peligro
de mora, que es el que se trata de conjugar. La vida de lo decidido
cautelaramente durará sólo cuando se aprecia la decisión.

para el buen fin de la sentencia. Sumariedad, ya que la urgencia de la medida implica la limitación del conocimiento por el juez de los presupuestos procesales que con carácter también medido determina el legislador. Y carencia de efecto de cosa juzgada como corresponde a su objeto, instrumentalidad y provisionalidad. No cabe confusión con las cauciones porque éstas se insertan sin la menor autonomía dentro del proceso en que la cautela se exige y sólo abarcan responsabilidades pecuniarias y como indica el profesor Tomé Paule pueden ser adoptadas dentro del proceso en que surtirán sus efectos. El análisis detallado del artículo 1428 permitirá confirmar desde un punto de vista práctico cuanto hemos adelantado sobre su naturaleza. Sobre requisitos y trámites sería necesario puntualizar algunas partes. Por ejemplo, el juez competente a tenor del carácter instrumental de este proceso o si se prefiere de su parte, el juez competente. El juez competente puede ser el juez competente de su preordenación.

otro principal la competencia pertenecerá al juez que conozca de ésta. Ya indicamos que el propio artículo 1428 así lo exige, al disponer que la petición se haga pendiente el juicio cuya resolución se trata de asegurar. Es natural que el problema se complica para quienes aceptan la petición antes del pleito principal. Esto ya lo indiqué más ampliamente en el estudio mío sobre el que les he hablado. Sobre las partes litigantes no podrán ser otras que la del repetido pleito principal. Su capacidad será la normal en derecho y en cuanto a postulación y representación procesal habrá que atenerse a lo exigido por aquel. La legitimación vendrá dada por la suma de las correspondientes al repetido pleito principal y a la medida cautelar que se desee. La iniciativa de parte en este aspecto la doctrina es unánime acerca de que la medida cautelar sólo puede acordarse a instancia del demandante y bajo su responsabilidad. En realidad, el que se le haga la petición es el que se le haga la petición. En realidad, el que se le haga la petición es el que se le haga la petición. En realidad, el que se le haga la petición es el que se le haga la petición.

es suficientemente explícito al efecto, recogiendo además el principio de justicia rogada. Ahora bien, creemos que hay que distinguir entre la imposición de las medidas donde el carácter dispositivo de la exigencia procesal civil surte plenos efectos y la modificación o extinción de aquellas, tal vez posibles de oficio, en atención a la provisionalidad e instrumentalidad anejas tanto a los procesos cautelares en sí como a las medidas en ellos acordadas. Es lógico, con todo, que en la mayoría de los casos, como dice el señor Manzanares, sea la parte agravada quien acuda al juez en petición de que la medida quede sin efecto o se refrende formalmente la nueva situación de hecho. El mismo Manzanares indica que la iniciativa de parte comprende la delimitación o identificación de las medidas que se solicitan, lo cual no está reñido con la discrecionalidad del juez en cuanto a su concesión. No faltan autores que incluyen...

en esa facultad el poder de otorgar otra distinta a la solicitada. Así manresa que se pronuncia por la menos vejatoria que conduzca al mismo efecto. Pero, en nuestra opinión, tal conducta resultará difícilmente compatible con el principio de erogación. El supuesto en que sería lícito aceptar tal posibilidad, o sea, el que entre la medida interesada y la concedida hubiera una diferencia puramente cuantitativa, siendo la segunda subsumible en la primera, nos parece poco frecuente en la práctica. Lo que sí aceptamos es la posibilidad de que se limite la misma medida solicitada concediéndose en términos menos gravosos para el contrario. El problema habrá de resolverse en definitiva caso por caso.

Respecto al tiempo de solicitud, ya indicamos al examinar la naturaleza de estas medidas innominadas que la mayoría de los comentaristas es partidaria de que hubiera un juicio principal ya iniciado o a iniciar simultáneamente con el proceso cautelar. Esa ha sido también la pregunta.

opinión por nosotros sustentada a lo largo del artículo que mencionaba y también la de Manzanares y otros autores. Creemos que viene avalada tanto por el tenor literal del artículo 1428 como por sus principales informadores, siendo además la actitud que mejor encaja en la exégesis total del precepto. Ello no ha de impedirnos, sin embargo, reproducir los argumentos de los principales sostenedores de una viable solicitud de tales medidas antes de presentarse la demanda principal. Pero, como no tendríamos tiempo a reproducir estas opiniones, creemos que con lo ya indicado y con lo que ya he expuesto hay suficiente materia con el complemento de la unidad didáctica para conocer más a fondo este artículo. En fin, para un mejor conocimiento y estudio de este tema, en cuanto se refiere más que nada a trámites, requisitos, procedimientos, recursos, medidas adoptadas... TT

A mi estudio ya citado en la revista Derecho Procesal y a los de los señores González Montes y Manzanares Amaniego, publicados posteriormente en la revista de Derecho Procesal Iberoamericano.