

La caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria: Naturaleza. Fundamentación

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: a) Concepción. b) Definición. c) Su función en razón del fin.—II. NATURALEZA: 1.º) Presupuestos previos. a) Forma de prestar la caución. b) Naturaleza. 2.º) Conclusión.—III. FUNDAMENTACIÓN.—IV. FACTORES INTEGRANTES DE LA CAUCIÓN: Presupuestos: a) Fase de seguridad. b) Fase de realización.

I

INTRODUCCION

Al realizar el examen de la caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria pusimos de relieve las diferencias que, a nuestro juicio, existen entre caución y proceso cautelar (1). Este último, como *tertium genus* del proceso (2), y la primera, como «proveimien-

(1) Bajo el título de *Caución y proceso cautelar en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, publicamos en esta REVISTA, núms. 446-447, julio-agosto de 1965, páginas 855 a 879, un trabajo encaminado a destacar sus diferencias. Hoy tratamos de exponer algunos de los problemas que pueden plantearse. El retraso en el estudio ha sido originado por la necesidad de cumplir el compromiso, por mí contraído, con la «Fundación Juan March».

(2) CALAMANDREI—*Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. Sentis Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pág. 85—dice: «Repetidamente hemos ya aclarado que la *tutela cautelar* no constituye un *tertium genus*, contrapuesto a la tutela declarativa y a la ejecutiva, y que si se precinde del carácter de *instrumentalidad* que atiene a la finalidad y no al contenido de la providencia, las providencias cautelares pueden por su contenido encontrar su casilla sistemática entre las providen-

tos instructorios cautelares», según la terminología carnelutiana (3).

Responde a la concepción que expusimos, sintetizando el pensamiento de PRIETO-CASTRO (4) de que son aquellas medidas que

clases ordinarias de cognición o de ejecución, junto a los varios tipos que la doctrina distingue», y sienta la conclusión de que «las providencias cautelares tienen su *inconfundible fisonomía procesal*, que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categorías por sí mismas determinables a base de criterios que, aun no siendo los mismos que sirven para distinguir la providencias de cognición de las de ejecución, no se transforman por eso de procesales en materiales», vid. también págs. 135 y sigs., capítulo V, *Conclusiones*, pág. 137. Otros autores distinguen una tripartición del proceso: Así, HERCE QUEMADA—*El proceso cautelar*, en «Revista de Derecho Procesal», octubre-diciembre 1966, IV, págs. 11 a 26—dice: «La función aseguratoria o cautelar del proceso civil es una forma de tutela jurídica *con propia sustantividad*, tan importante como puedan serlo las de declaración y ejecución», y continúa: «al proceso cautelar se le debe otorgar el mismo rango que a los otros dos, rectificando el criterio seguido sobre el particular por la generalidad de los Códigos de procedimiento civil»; vid. JAIME GUASP, *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, Gráficas González, págs. 1.350 y sigs.; CARNELUTTI—*Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. y notas de Jaime Guasp, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1942, pág. 62, nota 26—dice que «pueden señalarse en nuestro Derecho positivo, típicas medidas cautelares que permitan construir, dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el concepto de *proceso cautelar*, aunque la Ley no tenga idea de la naturaleza propia de este tipo de actuaciones judiciales». Vid. mismo autor, págs. cit y sigs, y 102 y sigs.; J. RAMIRO PODETTI—*Derecho Procesal, Civil, Comercial y Laboral*, tomo IV, *Tratado de las medidas cautelares*, Ediar S. A. Editores, Buenos Aires, 1956—se opone a la existencia de una acción cautelar, en el sentido clásico de acción (páginas 16 y sigs.).

(3) CARNELUTTI—*Sistema de Derecho procesal civil*, tomo I, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Carlos Sentis Melendos, notas de Alcalá-Zamora, Editorial Uteha, Argentina, Buenos Aires, 1944, págs. 243 y sigs y 387 y sigs., al referir la caución al proceso—dice que cabe hablar de «proveimientos instructorios cautelares» Entendiendo por proveimientos instructorios—obra citada, tomo II, pág. 196, núm. 194—los que, «tanto en el proceso de conocimiento como en el de ejecución, consisten en una serie o cadenas de actos cuyas condiciones o modalidades, ni están ni pueden estar íntegramente determinadas por la Ley. Esta se limita, y ha de limitarse, a trazar un esquema de las mismas, que después se completa conforme a las determinaciones especiales del oficio judicial. Estas determinaciones que constituyen una manifestación ulterior de la función judicial reciben el nombre de *proveimientos instructorios*». Vid. CALAMANDREI, *Providencias cautelares*, cit., pág. 138.

(4) Vid. bibliografía, citada en mi trabajo *Caución y proceso cautelar*, concretamente pág. 860. Vid. también FRANCISCO RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL, *Medidas cautelares*, «Revista de Derecho Procesal», abril-junio 1947, año III, número 2, págs. 239 a 249; MANUEL GALLEGO MORELL, *El artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, «Revista de Derecho Procesal», año IX, abril-junio 1953, número 2, págs. 211 a 239. Vid. bibliografía, citada en mi trabajo *El proceso cautelar: artículo 1.419 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit.; vid. PRIETO-CASTRO, *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Reus, Madrid, 1950, vol. I, págs. 287 y sigs., en los trabajos. *Característica del procedimiento de ejecución de la Ley Hipotecaria*, págs. 287 a 291; *Procedimiento provocatorio-ejecutivo del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, págs. 291

tienden a proteger el contenido económico del derecho que constituye el elemento objetivo del proceso. Pero para dicho profesor, las verdaderas *cauciones procesales* son las que tienden a «impe- dir una actuación procesal dolosa» (5).

CALAMANDREI (6) agrupa en cuatro categorías todas las medidas cautelares: 1) Aquellas providencias instructorias anticipadas, con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, positivas o negativas, que podrán ser utilizadas después en aquel proceso, en el momento oportuno. 2) Las que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma. 3) Aquellas mediante las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida de la indecisión de la cual, si ésta perdura hasta la emanación de la providencia definitiva, podría derivar a una de las partes daños irreparables; y 4) Aquellas otras cuya denominación revela típicamente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una *caución*, la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial. En este último grupo incluye las medidas que la doctrina califica de «contracautelares».

Se destaca así la proyección de la caución en el ámbito del proceso, pero no podemos olvidar que la voz *caución*, derivada de la latina *cautio*, y a su vez del verbo *cavere*, denota clara y definitivamente garantía, cautela, con una *concepción y alcance genéricos*, al igual que en el Derecho romano (7).

a 306; *Dispensa de la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en caso de pobreza legal*, págs. 306 a 310.

(5) Autor citado: *Dispensa de la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en caso de pobreza legal*, «Revista de Derecho Procesal», año IV, número 2, 1948, pág. 362 (Comentario a la resolución de la Audiencia Territorial de Madrid, Sala 2.ª, auto de 30 de junio de 1948).

(6) PIERO CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de la providencias cautelares*, cit., págs. 53 y sigs. Téngase en cuenta la opinión de este autor expuesta en la nota núm. (2).

(7) Vid. GIOVANNI BRUNELLI, voces «Cautio»; CAUZIONE, *Nuevo digesto italiano*, III, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino 1938, XVI, páginas 17 y 18; 21 a 23; vid también *Diccionario de Derecho privado*, Ignacio de Casso y Romero, Editorial Labor, S. A., tomo I, año 1950, págs. 833 y 834, voz «Caución».

La voz «Cautio» comprende todo lo que puede proporcionar una seguridad cualquiera—*ut quis cautior et securior sit*—, en cuyo sentido se aplica para

A) Concepción.

La amplitud y extensión objetiva de la caución nos obliga a establecer unas nociones preliminares como base de partida en el examen de los problemas que pueden plantearse. En general, caución es toda garantía en el cumplimiento de una obligación. Por su amplitud, fácilmente resalta la diferencia que la separa de la fianza, con la cual suele confundirse, al no calarse en la idea de la fianza como una clase o subespecie de la caución (8).

Nuestra legislación de Partidas—Ley 10, título XXIII, partida 7.^a—definió la caución como «seguramiento que el deudor ha de facer al señor del debdo, dándole fiadores valiosos o peños», de donde se ve que sólo admitía la garantía real prendaria o la fianza en el concepto de caución.

Si la voz *cautio* significa prevención, precaución o cautela, se comprende que abarque diversos institutos jurídicos, todos ellos encaminados a un único fin: el de garantizar la obligación ya existente o la futura que pudiera surgir eventualmente—*ut quis cautior et securior sit*—con relación de modo especial a daños probables.

Así se distingue, según su origen, cauciones voluntarias, judiciales y legales. De aquí que podamos definirla como seguridad que da una persona de que cumplirá lo pactado, prometido o mandado. Pero bien se traten de cauciones procedentes de negocio jurídico, resolución judicial o disposición legal (9) que impongan un deber de prestarla—*cautio necessaria*—y atribuyan una facultad (10), o el apartamiento de un derecho de la otra parte (11) o

designar hasta los reconocimientos por escrito y las cartas de pago (caución quirografaria).

(8) Vid PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en anotaciones a la obra de ENNECERUS-NIPERDEY, *Derecho civil, Parte general*, vol. II, 1.^a ed, Bosch, Barcelona, 1944, pág. 554.

(9) Por ejemplo, el usufructuario está obligado a prestar caución en algunos casos; a veces, también el marido por razón de los bienes aportados de la mujer (vid. arts. 166, 238, 252, 491, 493, 496, 507, 800, 801, 803, 1.050, 1.082, 1.358, etc., del Código civil, y arts. 385, ap. 1; 1.402, 1.405, 1.423, ap. 1; 1.428, apartado 2, etc., de la Ley de Enjuiciamiento civil), si bien lo más frecuente es hablar de «prestar fianza o afianzar». En los artículos 495 y 805 del Código civil se habla de caución. También se habla de caución al tratar la Ley de E. civil de la «caución juratoria».

(10) Por ejemplo, un *ius tollendi*.

(11) Por ejemplo, ejercicio de un derecho de preferencia del arrendador

implique una excepción (12), en realidad deben ser objeto de examen en cuanto a sus consecuencias, alcances y efectos, por la especial importancia y repercusiones que puede producir. Lejos de ello, en nuestro Ordenamiento no existen normas de carácter general que regulen la prestación de la caución (13). Únicamente respecto de la fianza personal dispone el artículo 1.828, párrafo primero, del Código civil que el obligado a dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. Encontrándose dispersas las reglas que las regulan según cada caso concreto.

B) *Definición.*

Limitando nuestro estudio a las cauciones procesales genéricas, para posteriormente examinar la caución regulada por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, entendemos como tales aquellas que tienden no sólo a «impedir una actuación procesal dolosa», sino que condicionan una ulterior providencia judicial. Actúan con efecto suspensivo una vez constituida, pues afectan indirectamente el contenido económico del proceso no en lo que constituye el objeto de la pretensión, sino en las consecuencias que del mismo pueden derivarse, tienden a dar estabilidad a la actuación jurisdiccional, es decir, a la relación jurídico-procesal, imponiendo una carga. Condiciona ese actuar «como instrumento de carácter público necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional» (14). Así, en el orden económico condicionan, pues, efectos colaterales derivados del proceso.

La caución no debe confundirse con el proceso cautelar. Ya hemos expuesto las diferencias entre uno y otro, aun cuando coincidan bajo el denominar común de «medidas heterogéneas de garantía o aseguramiento».

sobre los muebles y frutos existentes en la finca y pertenecientes al arrendatario (art. 1.922, núm. 7 del Código civil).

(12) *Cautio judicatum solvit* (art. 534 de la L. E. C.).

(13) JAIME GUASP, *Derecho Procesal civil*, cit. pág. 1.352, dice que «... su régimen jurídico se analiza al tratar de cada uno de los procesos donde la caución es reclamada».

(14) PRIETO CASTRO, *Dispensa de la caución del artículo 41...*, cit. pág. 362.

CARNELUTTI (15) dice que «la acción moderadora de la responsabilidad procesal puede ser acentuada mediante la *carga* de la constitución de una garantía de las obligaciones que se deriven de la responsabilidad misma, puesta como condición de la demanda o de otro acto del proceso. Y dada su finalidad cautelar en cuanto al cumplimiento de las obligaciones frente a la contraparte o frente al Estado, dicho depósito (16) recibe el nombre de caución». Y continúa: «A esta finalidad de garantía acompaña precisamente una mayor actividad del contraestímulo psicológico que es debido a la responsabilidad procesal: el sacrificio económico actual obra, en efecto, sin comparación, con más intensidad que el temor de sacrificio futuro».

La concepción expuesta, en unión a las sustanciales diferencias existentes entre «caución» y «proceso cautelar», nos evidencian las distintas funciones de uno y otro instituto procesal. Aplicación de criterio ontológico, aun cuando responden a una misma razón teleológica: aseguramiento (17).

En otra ocasión hemos expuesto también (18) que, según la función, los tipos de proceso son tres: jurisdiccional, ejecutivo y cautelar (19). Si contrastamos las características que peculiarizan a estos tres tipos, en orden a sus estructuras, pueden quedar reducidos a dos fundamentales. Aquel en que la función jurisdiccional actúa para conocer y aquel que actúa para transformar la realidad. Da lugar así a dos categorías esenciales: proceso de conocimiento y proceso de ejecución, en el que el proceso cautelar cumple sustancialmente una función peculiar con las características que ya le asignábamos de actividad jurisdiccional encami-

(15) Autor cit., *Sistemas de Derecho Procesal civil*, tomo II cit., págs. 137 y 138.

(16) Debería decir el autor «dicha carga».

(17) Vid. nuestro trabajo *La caución y el proceso cautelar en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, cit.

(18) Vid. mi trabajo *Proceso cautelar: el artículo 1.419 de la Ley de Enjuiciamiento civil*, publicado en la «Revista de Derecho Procesal», 1964, número 4, págs. 47 a 77. Vid también en «Rev. Derecho Procesal», octubre-diciembre, 1966, IV, *La Segunda Jornada de Profesores de Derecho Procesal*, y en particular las ponencias de V. HERCE QUEMADA, *El proceso cautelar*, cit: NICETO ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, *La reforma del enjuiciamiento español y el mundo procesal hispanoamericano*, págs. 27 a 46; VÍCTOR FAIREN GUILLÉN, *La reforma del proceso cautelar civil español*, págs. 47 a 85; CARLOS DE MIGUEL y ALONSO, *Notas sobre el proceso cautelar*, págs. 87 a 93.

(19) A esta clasificación agregan otros autores una cuarta categoría: el proceso impropio. Vid. CARNELUTTI, *Sistemas*, cit. tomo II, págs. 1 y sigs.

nada a adecuar la realidad (*prius*) con el derecho (*posterius*). REDENTI (20) expresa claramente esta idea, que justifica la clasificación tripartita del proceso, al decir que «... los efectos de las providencias finales se hacen remontar en lo posible al momento de la demanda judicial (curso de los intereses, resarcimiento de los daños sobrevenidos en pendencia de *litis*, efectos de la transcripción de la citación, etc.). Pero todo eso no sirve de nada si entretanto... se han escapado los bueyes...»

Así, el litigio está constituido o por una pretensión discutida o por una pretensión no satisfecha, pero en uno y otro está presente siempre un bien. En uno ese bien tiene una representación remota, en cuanto no está definida su titularidad: es objeto de controversia (21). En el otro la pretensión tiene una representación próxima, en cuanto no es fundamentalmente discutida o sus posibilidades son muy limitadas; por ello el Ordenamiento, en cuanto limita las excepciones oponibles, reconoce, *prima facie*, la contigüidad y legitimidad de la pretensión, así como la necesidad de su próxima satisfacción. Someramente supone lo anterior, la distinción entre proceso de conocimiento y proceso de ejecución, que, sintéticamente, puede concretarse en que la función del juez consiste: en el primero, en un decir; en el segundo, en un dar o a veces en un hacer (22).

Si la pretensión se concibe, más aún que afirmación del derecho, afirmación de la tutela que el orden jurídico concede o debe conceder a un determinado interés (23), éste se manifiesta tanto en el proceso de conocimiento como en el de ejecución. Y tanto en uno como en el otro es necesario salvaguardar ese interés. Y si tiene justificación el desenvolvimiento de la actividad de aseguramiento en el proceso de conocimiento—cognición—, también se justifica en el de ejecución. En el de ejecución, caracterizado por la necesidad de su próxima satisfacción, el deudor que ya reveló

(20) Autor cit, *Derecho Procesal civil*, trad. SENTIS MELENDO y AYERRA REDIN, Buenos Aires, 1957, tomo II, parte 4.ª, *Procedimientos especiales de cognición y procedimientos cautelares*, pág. 245.

(21) Vid. CARNELUTTI, *Estudios de Derecho procesal*, cit. tomo II, páginas 6 y sigs.

(22) Gráficamente expresa esta idea CARNELUTTI—*Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, trad. SENTIS MELENDO, Colección Ciencia del Proceso, tomo I, pág. 69—al concretar que en uno se trata de *pretensión discutida*, y en otro, *pretensión insatisfecha*.

(23) CARNELUTTI, *Sistemas*, cit. tomo II, pág. 10.

su voluntad de no pagar—incuria jurídica o económica—puede solventarse mediante la actuación del proceso cautelar, al igual que en el proceso de conocimiento. Ahora bien, tanto el proceso de conocimiento, ejecutivo o cautelar, se desenvuelven a través, entre otras, de las llamadas en la terminología carneluttiana proveimientos instructorios, que cuando encierran un condicionamiento de la actuación procesal, en forma de carga impuesta a una de las partes, tendentes a (23 bis) «prevenir una actuación procesal dolosa, garantizar el pago de daños y perjuicios y costas, o bien evitar que la concesión de alguna ventaja a una de las partes pueda redundar en beneficio de aquella a que en el fondo del negocio la contraria, tenga derecho», pueden ser calificadas tales medidas como proveimientos instructorios cautelares. Dan lugar así a una fase cautelar del proceso que no es proceso cautelar, pues se pretende simplemente la regulación provisional del mismo proceso. Por ello cabe distinguir cauciones propias del proceso de ejecución (24), del de conocimiento (25) e incluso del cautelar (26).

(23 bis) PRIETO CASTRO—*Dispensa*., cit. nota 5, pág. 362—dice que la *caución* puede tener como objetivos los citados en el texto.

(24) Bajo la expresión fianza—sólo el artículo 14, núm. 4, de la Ley de E. C. habla de caución—se hace referencia a los artículos: 385, 787, 1.476 y 1.786 de la L. E. C., sobre ejecución provisional de resoluciones; el 31 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, sobre ejecución de laudos arbitrales; el 943, para la ejecución provisional de liquidación decretada por auto en ejecución de sentencia; el 967, 1.007, 1.009, 1.095 y 1.179 y 1.180, para responder de la administración de bienes objeto de un juicio universal; 1.335-1.336, respecto a la fianza de cárcel segura que deberá prestar el quebrado, que tiene un marcado valor procesal-penal; el 1.559, para garantizar los resultados del juicio subsiguiente al apremio en negocios de comercio; el 1.803, para suspender la ejecución de sentencias sujetas a revisión. En materia de jurisdicción voluntaria se pueden citar los artículos 1.833, 1.837, 1.841, 1.865 y 1.869, en cuanto concuerdan con el 252 y sigs. del Código civil, y se refieren al afianzamiento de la tutela: el 1.917, para asegurar el pago de los alimentos provisionales; 2.046, para la representación del ausente, y los 2.159 y 2.160 L. E. C.

(25) Pertenecen, en cambio, al proceso de conocimiento la «fianza» del artículos 1.743, 1.767, 1.799 y 1.809, sobre el régimen a seguir respecto de los depósitos en los recursos de casación y revisión. Los artículos 8.º, 280, 562, 625, 728, 1.169, 1.332, 1.412 y 1.413, 1.415, 1.418, 1.646, 1.649 y 1.650, 1.661, 1.792 y 1.803 establecen normas típicas de «proveimientos instructorios cautelares» en cuanto establecen reglas tendentes a prevenir o resarcir una actuación procesa dolosa. La *cautio iudicata solvit*, del artículo 534, con el carácter de excepción dilatoria.

(26) Vid. los artículos 1.402, para decretar, y el 1.405, para evitar el embargo preventivo; el 1.428, para responder del aseguramiento de las obligaciones de hacer, de no hacer o de entregar. el 1.446, para evitar el embargo ejecutivo ..

Partiendo de lo consignado, la existencia de medidas asegurativas, que se caracterizan por su simplificación, no autoriza, a nuestro juicio, a conceptualizar toda actividad cautelar bajo el denominador común de «providencias cautelares»; pero tampoco debe incidirse en el supuesto contrario, calificando como «procesos cautelares» providencias de naturaleza preventiva, íntimamente ligadas al proceso de ejecución, cognición o cautelar del que no pueden escindirse.

La genuina manifestación de lo expuesto se revela en el procedimiento regulado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en el que queda netamente diferenciada la caución y el proceso cautelar. Pero es necesario tener en cuenta que la caución que se establece en dicha norma, por su naturaleza y función, así como por su contenido, no puede calificarse como una simple «caución procesal».

Perfectamente clara la distinción entre providencias cautelares y proceso cautelar, conviene recordar (27) que al analizar la caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria le asignábamos dos matices o facetas perfectamente diferenciadas: una de naturaleza *sustantiva* y otra *adjetiva*. La primera, así calificada por la relación mediata con el derecho cuestionado—«... responder de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios...» (artículo 41, párrafo cuarto)—, mientras que a la segunda le asignábamos ese carácter porque se adopta o acuerda en función directa del proceso—pago de costas—. Esa doble valencia no está siempre presente en las cauciones procesales puras.

La doble faceta o vertiente que se aprecia en la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, así como los diversos institutos jurídicos que comprende (28), pueden servirnos de cauce para establecer su naturaleza y las consecuencias deducibles en orden a la problemática que puede presentarse.

(27) Vid. mi trabajo *Caución y proceso cautelar en el artículo 41...*, cit. página 862.

(28) «La caución comprende diversos institutos jurídicos—vid. *Diccionario de Derecho privado*, de CASSO Y ROMERO, cit. voz "Caución", pág. 833—, todos ellos encaminados a un único fin: el de garantizar la obligación ya existente o la futura que pudiera surgir eventualmente, con relación de modo especial a daños probables.»

C) *Su función en razón del fin.*

Si todos los actos humanos en cuanto tales tienen un porque al que deben su ejecución y en su misma humanidad se encuentra la esencia de la vida, consistente en anhelar más vida, los actos procesales tienen también esa misma justificación. Tal justificación encuentra su manifestación en el proceso en cuanto que éste ha de ser calificado como la plasmación de un estado patológico del Derecho. «El proceso—dice FRANCISCO R. VALCÁRCEL (29)—representa la última *ratio* de la paz social, cuando las pasiones mal refrenadas o las apetencias mal aconsejadas no encuentran otro cauce canalizador para llegar a la meta de la paz, que es orden y seguridad jurídica, primer postulado del Derecho...» Y si la esencia de la *caución procesal* es impedir una actuación procesal dolosa, es evidente que su normación tiene plena adecuación con un fin que constituye la causa eficiente o motora de su existencia. Así, su exigibilidad procesal adquiere la categoría de *requisito de orden objetivo* (30) que cumple una función de naturaleza patónoma, según diría GOLDSCHMIDT (31).

Pero la exigibilidad de medidas procesales de garantía han de venir condicionadas por la misma norma, en función del fin del proceso—de conocimiento, ejecución o cautelar—. «La apariencia tiene extraordinaria relevancia en el ámbito del Derecho privado—dice JORGE CARRERAS, siguiendo a LADARIA CALDENTY (32)—y en el Derecho procesal», así «se le concede un valor provisional que permite resolver todos aquellos problemas derivados de la misma naturaleza del proceso, precio que la sociedad debe pagar para evi-

(29) Autor cit. *Algunas reflexiones sobre la prueba testifical en los negocios civiles. Declaraciones testificales para mejor proveer*, «Rev. Derecho Procesal», enero-marzo, 1949, año V, núm. 1, pág. 107.

(30) JAIME GUASP—*Indicaciones sobre el problema de la causa de los actos procesales*, «Rev. Derecho Procesal», año IV, julio-agosto-septiembre, 1948, número 3, págs. 403 a 430, concretamente pág. 411—sienta la conclusión de que «la causa de los actos procesales pueden definirse como aquel *requisito de orden objetivo* en virtud del cual se exige para su válida o lícita eficacia normal la existencia (en su caso, inexistencia) de un motivo o porqué jurídicamente determinado».

(31) WERNER GOLDSCHMIDT, *Ciencia de la Justicia o dikelología*, Madrid, 1958.

(32) Vid. JORGE CARRERAS, *El principio de prueba en las contiendas sobre competencia territorial*, «Rev. Derecho Procesal», III, julio-septiembre, 1964, páginas 29 a 57, concretamente págs. 33 y 34, que sigue a LADARIA CALDENTY en su obra *Legitimación y apariencia jurídica*.

tar males mayores. En muchos casos se corre un riesgo grave si se acepta la tesis de la admisibilidad indiscriminada de una demanda—piénsese en las tercerías con un efecto suspensivo sobre la enajenación forzosa de los bienes o la distribución de lo recaudado—o si se consiente la adopción general de medidas cautelares para evitar el *periculum in mora*, o si se permite a los acreedores acudir directa e inmediatamente al proceso de ejecución sin previa declaración jurisdiccional de su derecho; pero, de igual modo, se corre gravísimo peligro si se prohíben las demandas de tercerías, si se suprimen las medidas cautelares o si se reducen los títulos ejecutivos únicamente a las sentencias judiciales».

El título inscrito está bajo la «salvaguardia» de los Tribunales, mientras la apariencia jurídica de realidad, fundada en los principios hipotecarios, no sea impugnada, de conformidad con lo establecido en los artículos 38 y 40 de la referida Ley, o bien la invocación de alguno de los motivos de oposición alegados en el procedimiento del artículo 41, no haya alcanzado la constatación de una declaración judicial que ponga en entredicho la apariencia de legitimidad proclamada por la inscripción. Mientras esa situación no se produzca, la inscripción goza de plena relevancia en el ámbito del Derecho sustantivo y adjetivo. La exigencia de la caución comporta un presupuesto de orden objetivo que vitaliza y conforta esa apariencia (33). Esa apariencia es objeto de protec-

(33) «Por ello consideramos—dice PRIETO CASTRO, *Procedimiento provocatorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, Sección Resoluciones de Audiencias, "Rev. Derecho Procesal", 1948, año IV, núm. 1, págs. 159 a 172, comentando la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, Sala 2.ª, de 19 de junio de 1947, págs. 162 y 163—que el titular inscrito, al formular su demanda basada en el artículo 41 de dicha Ley, no viene obligado a invocar ningún precepto del Código civil sobre la naturaleza, efectos y tutela del derecho de propiedad, sino simplemente hacer presente su carácter de tal titular inscrito, protegido en la forma que precisan aquellas normas, sin necesidad de aludir siquiera a la naturaleza y valor de la inscripción (declarativa, constitutiva, convalidante)» Asimismo opina LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho hipotecario y registral*, 2.ª edición, Zaragoza, 1957, págs. 216 y sigs. Y continúa el autor primeramente citado: «A efectos procesales, después del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, la inscripción tiene un valor sustantivo e independiente y sobra con ella. Por esta razón es por lo que la sentencia o auto que recae en el procedimiento, no despliega efectos de cosa juzgada definitiva.» Vid. LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA, *Eficacia del artículo 207 en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, en «Rev. Derecho Judicial», año V, núm. 20, octubre-diciembre, 1964, págs. 87 a 129; EDUARDO MARTÍNEZ MORA, *La difícil Ley Hipotecaria*, discurso-conferencia pronunciada en el solemne acto de la Facultad de Derecho de Barcelona el 17 de enero de 1962 para clausurar la

ción, tanto respecto al verdadero objeto de la pretensión litigiosa—proceso cautelar—como en cuanto a lo que constituye el resultado económico del juicio—caución—(34).

La caución supone la cristalización de una experiencia consagrada en nuestro Ordenamiento jurídico procesal (35). Tiende al inmediato reintegro de los daños y perjuicios—*lucrum cessant* y *dannum emergens*—experimentados por aquel que, siendo titular registral, carece del contenido económico del derecho inscrito y ejercita una acción—artículo 41 de la Ley Hipotecaria—para tratar de obtener su disfrute de quien lo detenta, impidiéndole su goce y disfrute cuando se presume que es él quien lo ostenta—artículo 38 de la Ley Hipotecaria—. Pero no sólo comprende la posibilidad reintegrativa del *lucrum cessant* y del *dannum emergens*, sino también la posibilidad de garantizar el pago de las costas judiciales—aspecto adjetivo—y, sobre todo, de obtener la devolución de los frutos.

No obstante, hay que tener en cuenta, como ya indicábamos anteriormente (36), que tanto para el efectivo resarcimiento de daños y perjuicios como para el pago de las costas y devolución de los frutos es preciso declaración judicial expresa, cristalizada en el fallo resolutivo firme, pues en caso contrario la caución prestada como presupuesto objetivo tendente a garantizar los eventuales resultados económicos—sustantivos y adjetivos—tiene que cesar.

Así, la caución establecida por la Ley Hipotecaria y su Reglamento—artículos 41, párrafos cuarto, y segundo del artículo 137, respectivamente—responden al fin específico de asegurar los re-

conmemoración del centenario de la Ley Hipotecaria, en esta REVISTA, año XXXIX, mayo-junio, 1963, núms. 420-421, págs. 345 a 358.

(34) Vid. mi trabajo *Caución y proceso cautelar* .. cit., publicado en esta REVISTA, págs. 866 y sigs. Vid. también CARNELUTTI, *Estudios de Derecho procesal*, vol. I, Doctrinas Generales, trad. SENTIS MELENDO, Edic. Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, págs. 143 y sigs., núm. 53.

(35) SELIGMAN decía: «Las leyes de procedimiento no se mejoran más que por la experiencia práctica, la cual no se ajusta más que a los sistemas preconcebidos. Así se puede simplificar su marcha, hacerla más rápida, desembarazarla de lo que se presta a sutilezas de la curia; pero es un imposible sustituirla por una enteramente nueva.» Citado por CARLOS VIADA y MANUEL COMELLAS, *El ámbito judicial en el despacho de ejecución*, en «Rev. Derecho Procesal», año V, enero-marzo, 1949, núm. 1, págs. 39 a 106, concretamente página 101.

(36) Vid. mi artículo *Caución y proceso cautelar en el artículo 41 de L. .*, cit., págs. 866 y sigs.

sultados exclusivamente económicos del juicio. No se extiende a garantizar lo que constituye el elemento objetivo de la pretensión litigiosa, que es función asignada al proceso cautelar, en donde la caución, cuando se exige, cumple la función que la doctrina designa bajo la denominación de «contracautela» (37). Así, pueden verse en los artículos 1.402, 1.405, 1.423, 1.428, etc., de la Ley de Enjuiciamiento civil.

II

NATURALEZA

1. PRESUPUESTOS PREVIOS.

a) *Forma de prestar la caución.*

La caución, en la función ambivalente—sustantiva y adjetiva—que se le asigna por la legislación hipotecaria, al regular el procedimiento de ejecución de los derechos inscritos, que atribuyen posesión, uso o servicio, implica una carga, una obligación (38). Se crea así una relación juridico-procesal que tiende a modular la responsabilidad resultante del proceso frente a aquel contra quien se ejercita la acción, en beneficio de quien cuenta a su favor con una situación de apariencia. Situación que actúa, en sus máximas consecuencias, a favor de aquel cuyo derecho aparece inscrito en el Registro, por la fuerza y eficacia del principio de legitimación—artículo 38 de la Ley Hipotecaria—, favoreciéndole mediante la carga de la constitución de una garantía, puesta como condición previa para formular la demanda de contradicción.

Normalmente se identifica caución con depósito, y más concretamente con fianza (39), cuando éstos constituyen especies den-

(37) Vid. J. RAMIRO PODETTI, *Tratado de las medidas cautelares*, cit.

(38) VINCENZO MANZINI—*Tratado de Derecho Procesal penal*, trad. SANTIAGO MELENDO y MARINO AYERRA REDIN, tomo III, Ediciones Jurídicas de Europa-América, Buenos Aires, 1952. pág. 99—dice: «Toda obligación importa una carga y toda carga importa una obligación.» Vid. SANTIAGO SENTIS MELENDO, *Desarrollo del proceso. Deberes del juez y carga de las partes*, en «Revista Derecho Proc.», primera época, IV, octubre-diciembre, 1964, págs. 9 a 23.

(39) ALCALÁ ZAMORA—comentarios al texto de CARNELUTTI, *Sistema de...*, cit., tomo II, «Composición del proceso», nota núm. 177, págs. 144 y 145—

tro del género. La Ley habla de caución como forma genérica de garantía. Frecuentemente se trata de un depósito judicial, de una cantidad de dinero que, como un todo homogéneo, está afecto a garantizar los resultados económicos del proceso, tanto de carácter sustantivo—devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios—como adjetivos—pago de costas—. Pero la caución puede prestarse en cualquier otra de las formas admitidas en Derecho: prenda, hipoteca o personal (40). La misma Ley de Enjuiciamiento civil establece en numerosos casos y preceptos tal posibilidad de una manera explícita: así, los artículos 1.335, 1.402, 1.424, 1.425, 1.866...; en otros, su determinación y prestación se hará a «satisfacción del juez»—artículos 33, 385, 787...—o «bajo su responsabilidad»—artículos 967, 1.621—; o bien deberá ser «cumplida»—artículo 1.009— o «bastante»—artículos 1.095 y 1.559—.

Lo anterior nos evidencia que el concepto caución es el género, sin que exista la posibilidad de su identificación con el depósito o la fianza, salvo que éstos se valoren no en sus conceptos puramente jurídicos, sino anfibiológicos. Por otro lado, su entidad

dice: que, salvo en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento civil—vid. también el artículo 495 del Código civil—, la Ley no emplea el término *caución*, sino fianza o depósito. Así se habla de fianza en el terreno ejecutivo—de sentencias de fondo o medidas cautelares—, en los artículos 385, 787, 1.476 y 1.786 de la Ley E civil y artículo 31 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, reguladora del arbitraje y amigable composición, al tratar de la ejecución provisional de decisiones judiciales; en los artículos 943, 967, 1.007, 1.009, 1.095, 1.179 y 1.180, para responder de la administración de bienes objeto de juicio universal, en los 1.335 y 1.336, sobre fianza de cárcel segura del quebrado; el 1.402, para decretar, y el 1.405, para evitar el embargo preventivo; el 1.423, para alzar la intervención de los bienes litigiosos, el 1.428, para responder del aseguramiento de obligaciones de hacer, de no hacer o de entregar; el 1.446, para evitar el embargo preventivo; el 1.559, para garantizar las resultas del juicio subsiguiente al apremio en negocios de comercio; el 1.803, para suspender la ejecución de sentencias sujetas a revisión, etc. En el proceso de conocimiento se habla también de fianzas, en el artículo 33, al tratar de la revisión en el incidente de pobreza.

Se emplea el término *depósito* en los artículos 1.748, 1.767, 1.799 y 1.809, al referirse a la pérdida del que se hubiese constituido en caso de declararse no haber lugar al recurso de casación o revisión.

Se hace referencia a indemnizar daños y perjuicios en los artículos 8, 280, 385, 562, 625, 728, 1.169, 1.332, 1.412, 1.413, 1.415, 1.427, 1.428, etc.

(40) Puede darse incluso la «caución juratoria», en el artículo 14 de la Ley de E. civil, en su núm. 4.º, en cuanto que se admite que el declarado pobre puede disfrutar, entre otros, «de dar caución juratoria de pagar si viniese a mejor fortuna, en vez de hacer los depósitos necesarios para la interposición de los recursos». Más adelante expondremos una idea de «contra-cautela».

cuantitativa queda al criterio del órgano jurisdiccional (41), quien incluso podrá apreciar la aptitud o suficiencia de la modalidad asegurativa que se ofrezca para cumplir con la «carga» impuesta.

b) *Naturaleza.*

La trascendencia de la cuestión planteada nos permitirá fijar el problema de su naturaleza jurídica. Constituye preocupación propedéutica. El principio rector que estimamos más acertado para establecer la naturaleza jurídica de la caución es la simplicidad. Por ello, basados en cuanto hemos expuesto (42), se llega a la conclusión racional de que la caución es el género y, como tal, abarca diversas modalidades asegurativas. Lo anterior, por la fuerza misma de la Ley y de nuestro entendimiento (43), adquiere la categoría de principio (44), que nos marcará la pauta determinante en el estudio de la naturaleza jurídica no como cuestión puramente dialéctica, vacía de consecuencias, sino, por el contrario, de gran trascendencia y efectos en la vida jurídica práctica.

Es inconcuso que la caución procesal, que funciona como aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios, sea susceptible de distinta calificación jurídica, que dependerá del instituto que se haya empleado en su constitución. Y si en principio puede asimilarse la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria con la pura «caución procesal», existen ciertas peculiaridades que le diferencian, atribuyéndole

(41) Vid mi trabajo *Caución y proceso cautelar en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, cit., págs. 876 y sigs.; L. PRIETO-CASTRO, en *Resoluciones de Audiencia. Procedimiento provocatorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Procesal», año IV, enero-marzo 1948, núm. 1, págs. 159 a 172, en comentario a la resolución de la Audiencia Territorial de Madrid, Sala 2.ª, de 19 de junio de 1947.

(42) La misma Ley lo ha evidenciado en sus artículos 1.335, 1.476, etc..., y nos hace decir con DEMÓSTENES: «Omnis lex inventum ac manus Dei est»

(43) La verdad, en sentido procesal, fue definida por MITTERMAYER—*Tratado de la prueba en materia criminal*, 7.ª ed., Madrid, Reus, 1916, pág. 51—como «concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento». SANTO TOMÁS ya decía: «Lumen intellectus insitum nobis a Deo, per quod cognoscimus quid agendum et quid vitandum.»

(44) JERÓNIMO GONZÁLEZ entiende por *principio*, en sentido lato—*Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, tomo I, pág. 239—en toda investigación de tipo filosófico, el punto de partida o base discursiva, que, si es fundamental para las demás verdades estudiadas, no tienen fundamento dialéctico o no lo necesitan por su propia evidencia.

sustantividad. Las cauciones judiciales tienden, por lo general (45), a garantizar la indemnización de daños y perjuicios y costas, pero la que se regula por el precepto citado se encamina también a la devolución de frutos.

CALAMANDREI (46) dice que las cauciones son medidas cautelares dirigidas a asegurar la ejecución forzada de un crédito en dinero (derecho al resarcimiento de los daños), las cuales, cuando se constituyen mediante depósitos de valores, equivalen al crédito conservativo en garantía de un crédito eventual.

OERTMAN considera la caución procesal como un mero derecho de prenda. ANDREOLI estima que se trata de un depósito en función de garantía. Otros afirman que nos hallamos ante un depósito con asignación judicial retroactiva al momento de la constitución de la caución.

Para FRANCO NEGRO (47) se trata de una medida cautelar que funcionalmente se muestra como un secuestro conservativo, establecido en garantía de un crédito puramente eventual. Desde el campo puramente procesal se ve que se trata de la simple colocación de una suma en el correspondiente establecimiento de depósito o en la Oficina judicial, dispuesta conforme al particular destino de tal cantidad, que tiene la finalidad concreta de servir para resarcir los posibles daños que causaría una ejecución anticipada de una resolución que posteriormente fuese revocada en todo o en parte.

La posibilidad de constituir hipoteca, en garantía de los resul-

(45) Si hemos empleado la expresión, «por lo general», es con la idea de destacar la existencia de cauciones procesales que sólo garantizan el pago de costas—vid. artículos 33, 1.748, 1.767, 1809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—. Estas son las que PRIETO-CASTRO califica, acertadamente, como las «únicas que pueden ser calificadas como procesales». Por ello, en lo sucesivo, emplearemos la denominación de «cauciones procesales» para indicar aquellas que sólo tienen un contenido adjetivo, y simplemente «cauciones», para las demás. Esta especificación facilitará el estudio de su naturaleza.

(46) PIERO CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945, pág. 64.

(47) FRANCO NEGRO, *La naturaleza jurídica de las cauciones procesales*, en «Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales», de Buenos Aires, 1950, mayo-junio, págs. 537 a 550; mismo autor, *Le cauzioni nel sistema del Diritto processuale civile italiano*, en «Estudios Procesales», en memoria de Carlos Vlada, Instituto de Derecho Procesal, año 1965, págs. 221 a 224. Vid., en igual publicación, NORBERTO GOWLAND, *¿Caución por costas en sustitución de «la cautio iudicatum solvi?»*, págs. 261 a 267.

tados económicos del proceso, está fuera de toda duda. La armónica conjunción del artículo 1.861 del Código civil, en relación con el 142 de la Ley Hipotecaria, ratifican dicha afirmación (48). «Así, al lado de la hipoteca clásica, común o corriente—dice Roca SASTRE (49)—, existen en nuestro Derecho las hipotecas de fianza, de máximo y por cuentas corrientes de crédito, las hipotecas en garantía de títulos al portador o endosables y las hipotecas por obligaciones futuras o condicionales y de dar cosa distinta de dinero y de hacer.»

Sus efectos vienen establecidos por el artículo 104 de la Ley, en cuanto dispone que «la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de su obligación para cuya seguridad fue constituida». Y no podemos olvidar que «la hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas surtirá efecto contra tercero desde su inscripción, *si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse*»—artículo 142 de la Ley Hipotecaria—. La hipoteca constituida en cumplimiento de la carga de prestar una caución procesal goza de todas las características y fuerza vinculante derivada de la misma, como derecho real, si bien su efectividad se hará depender de la resolución final que establezca el doble condicionamiento, cualitativo y cuantitativo, como presupuestos de carácter contingente y variable, que la afectan (50).

Estas características que peculiarizan a la hipoteca constituida con dicho fin—cumplir con la obligación de caucionar—se producen asimismo cuando se acude a la garantía prendaria (51). Y si se da la posibilidad de establecer una garantía real para cumplir con la «carga» de prestar caución, el contenido del artículo 1.825 del Código civil autoriza también la garantía personal: «Puede también prestarse *fianza* en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida.»

(48) Vid. artículos 232 y 238 del Reglamento Hipotecario.

(49) Autor citado, *Derecho hipotecario*, tomo IV de las «Hipotecas», Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1948, págs. 369 y sigs.

(50) Vid. la interesante resolución de 31 de enero de 1925.

(51) El examen de los artículos 1.863 del Código civil, en relación con los 10 y 66 de la Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, nos confirma dicha consecuencia.

La enseñanza que se deduce de lo expuesto nos conduce a calificar la caución exigible como presupuesto para formular la demanda de contradicción en cuanto se constituya, bien en metálico, bien como prenda o hipoteca, como derecho real. Y si con lo expuesto no existen dudas respecto de la hipoteca y prenda, estimamos que tampoco surgen respecto al depósito, puesto que, si bien aquel a cuyo favor se constituye la caución carece de *rei persecutoriedad*, tampoco tiene necesidad de estar amparado o protegido por dicha acción, ya que el depósito se constituye en un establecimiento público destinado al efecto. Este hecho, que impide que el caucionero pueda transmitir a un tercero, no es óbice para atribuir o reconocer un *ius prelationis* en beneficio del acreedor. El artículo 1922 del Código civil establece que «con relación a determinados bienes muebles del deudor gozan de preferencia —3.º— los garantizados con fianza de efectos o valores, constituida en establecimiento público o mercantil, sobre la fianza y por el valor de los efectos de la misma».

El detentador del derecho inscrito, que obtiene y disfruta los rendimientos de que sea susceptible ese derecho, si se conceptúa con título para mantener ese goce, se opondrá a la pretensión deducida. El actor basado en la presunción establecida por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, tratará de recuperar su derecho inscrito incólume, tanto en su sustancia como en su contenido económico. Para su logro, el Ordenamiento prevé, mientras se sustancia el proceso, medidas tendentes a paliar los contrapuestos intereses de los litigantes, coordinándolos bajo un principio de estricta proporcionalidad e igualdad. Así, protege el bien o derecho inscrito mediante la adopción de medidas cautelares—artículo 41, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria y número 3 del artículo 137 del Reglamento—, las cuales, inspiradas en los principios expuestos, están condicionadas por las «contracautelas». «La contracautela—dice J. RAMIRO PODETTI (52)—, que se funda en el principio de igualdad, reemplaza en cierta medida a la bilateralidad o controversia, pues implica que la medida cautelar debe ser doble, asegurando al actor un derecho aún no actuado, y al demandado, la efectividad del resarcimiento de los daños si aquel

(52) J. RAMIRO PODETTI, *Tratado de las medidas cautelares*, cit., pág. 61.

derecho no existiera o no llegara a actualizarse» (53). La contracautela es, en definitiva, un presupuesto de la medida cautelar y debe constituirse antes de dar cumplimiento a ésta (54).

La atribución del contenido económico del derecho inscrito se protege mediante *caución*. La obligación de su prestación es requisito adjetivo. Constituida, queda afectada a responder de los eventuales frutos, daños y perjuicios y costas. Supone la exigibilidad de una garantía procesal que tiende a cubrir un eventual derecho que al diferir del secuestro conservativo y disfrutar de un *ius prelationis* tiene sustantividad propia. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (55), siguiendo a ENNECCERUS-NIPPERDEY, exponen que: «También podemos decir, correlativamente al texto, que no encajan dentro del concepto de caución otros medios de aseguramiento, como son la pena convencional—artículos 1.152 y siguientes del Código civil—, la anotación preventiva—artículos 42 y siguientes de la Ley Hipotecaria—, el embargo preventivo—artículos 1.397 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil—, el aseguramiento de bienes litigiosos—artículos 1.419 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil—, etc...» La trascendencia de esta conclusión, repetimos, es fundamental por las consecuencias que de la misma se deducen no sólo en el orden puramente doctrinal, sino práctico, dados los efectos y repercusiones de los intereses puestos en juego.

La caución como medida tendente a regularizar una actuación procesal no pierde en sí su cualidad; pero en cuanto para su plasmación acude a los medios de garantía establecidos y previstos por el Derecho sustantivo, a nuestro juicio, no puede evitar esas sustantivación y, consecuentemente, participar de la naturaleza del instituto que se adoptó como medio para cubrir la obligación impuesta. Esta es una característica que, entendemos, marca una

(53) Como manifestación típica de «contracautelas», pueden citarse, dentro de nuestro Ordenamiento, a vía de ejemplo, los artículos 1.405, 1.402, 1.428, etcétera.

(54) ANTONIO CONIGLIO—*Il sequestro giudiziario e conservativo*, 3.^a ed., Giuffrè, Milano, 1949, pág. 11—pone de relieve cómo la *contracautela* tiene una gran aplicación en las providencias cautelares, «como el solo medio que puede servir para asegurar preventivamente el eventual crédito de resarcimiento de aquellos daños que podrían resultar de la ejecución de la medida provisoria, si en el proceso definitivo se revela como infundada. De allí que se pueda hablar con propiedad de una condición impuesta por el Juez para conseguir la providencia cautelar».

(55) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en sus comentarios a la obra de ENNECCERUS NIPPERDEY, *Derecho civil, Parte general*, tomo I, vol. II, pág. 554, cit.

trascendente diferencia entre caución y proceso cautelar. Esa neta distinción se aprecia si procedemos a su estudio comparativo con una típica manifestación del proceso cautelar: el embargo preventivo (56). La naturaleza del proceso cautelar y la pretendida conceptualización de toda medida preventiva bajo un mismo denominador común, sin destacar, dentro de la homogeneidad derivada de la misma *ratio* teleológica, la existencia de una heterogeneidad que, por sus especiales características, adquieran autonomía y propia viabilidad, ha dado lugar a negar sustantividad a las cauciones.

Hemos indicado que la contracautela (57) se concibe «como el solo medio que puede servir para asegurar el eventual crédito de resarcimiento de aquellos daños que podrían resultar de la ejecución de la medida provisoria, si en el proceso definitivo se revela como infundada». Asimismo, hemos razonado cómo la contracautela actúa como medida de proporcionalidad e igualdad entre las partes (58): Las medidas cautelares—proceso cautelar—tienen su razón de ser en un interés controvertido, respecto de aquel que lo ostenta o disfruta. La adopción de una medida de esta naturaleza provoca un desequilibrio en las relaciones existentes, pues todavía no se ha concretado la realidad de la pretensión discutida o de la pretensión insatisfecha. Como contravalor, actúa la *caución contracautelar*, restableciendo el equilibrio, en cuanto pueda afectar al contenido económico de esa pretensión, condicionando, además, una posible actuación dolosa.

La posibilidad de instar una medida cautelar tiene su basamento en la pretensión misma, y en los elementos objetivos que

(56) Puede examinarse la bibliografía ya indicada, especialmente las ponencias desarrolladas en la II Jornada de Profesores de Derecho Procesal. Vid. JORGE CARRERAS—*El embargo de bienes*, cit., págs. 95 y sigs. en la página 138—da un concepto del embargo, entendiendo como tal «aquella actividad procesal compleja llevada a cabo en el proceso de ejecución, enderezada a elegir los bienes del ejecutado, que deben sujetarse a la ejecución y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados, y sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes»

Vid. también JULIO MURIAS TRAVIESO, *Algo sobre el embargo*, «Revista de Derecho Procesal», año 1958, 2.ª época, núm. 4, págs. 897 a 903.

(57) Vid. nota núm. (48).

(58) «Si la justicia periclica—decía KANT—, entonces ya no merece la pena que vivan los hombres sobre la tierra.»

la acompañan—por ejemplo, «documentos justificativos de su derecho...» (art. 1.419 de la L. E. C.); los títulos guarentigios del artículo 1.429 de la L. E. C.; para la adopción de las medidas previstas en el artículo 1.428 se exige la presentación de alguno de los comprendidos en los tres primeros números del artículo 1.429; por la cualidad concurrente en una persona (alimentos...), etc.—.

La caución contracautelar tiene su razón de ser y existir en la misma posibilidad reversiva de la pretensión articulada, en cuanto que no es acatada—pretensión discutida o pretensión insatisfecha—por su oponente. La norma procesal, a través de la caución, restablece el equilibrio—igualdad procesal—, que se quebraría con la aplicación de una medida cautelar, y, fija las consecuencias que en el orden económico-patrimonial puede provocar a la otra parte, señalando el contenido sustantivo—daños y perjuicios—que puede experimentar y las consecuencias adjetivas—costas—, así como la necesidad de protección eficaz por los medios admitidos en Derecho (59), estableciendo la aplicabilidad de cualquiera de ellos, siempre que reúna, a juicio del Juez, la adecuada idoneidad.

Ya decíamos (60) que si el proceso civil se concibe como una serie de actos que tienden a proteger un derecho, y su lógica consecuencia es la existencia de medidas preventivas o precautorias tendentes a la conservación y estabilidad de ese derecho, se comprende la necesidad de amparar y mantener la proporcionalidad en las relaciones jurídico-procesales (61)—equilibrio objetivo procesal—. Este se consigue mediante las cauciones contracautelares. Así, de un lado existe una apariencia de legitimidad, en cuanto la titularidad de quien insta una medida cautelar; de otro una situación real, en cuanto se mantiene una negativa a esa pretensión,

(59) La posibilidad de que en algunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como, por ejemplo, los artículos 926, 1.621, etc., se emplee la expresión «bajo la responsabilidad del Juez», no significa que se produzca un absoluto descubierto con ausencia de garantía, sino que ésta es asumida por el Juez que la acordó, si no exigiera alguna en cualesquiera de las formas admitidas en Derecho.

(60) Vid. mi trabajo *Proceso cautelar. el artículo 1.419 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Revista de Derecho Procesal», cit., pág. 48.

(61) Vid. FRANCISCO RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL, *Breves reflexiones sobre temas procesales*, «Revista de Derecho Procesal», año VI, enero-marzo 1950, número 1, págs. 41 a 67: concretamente, 42 y sigs., y, sobre todo, al tratar de la *Distinción entre relación procesal y material*, págs. 47 a 49.

susceptible de ser objeto de tutela (62), pues a su vez, quien se opone, se conceptúa como legítimo titular. Situación que provoca una inestabilidad que sólo fina con la resolución final firme, pero que en el *interin* se equilibra con la contracautela.

Esta tesis tiene perfecta aplicabilidad tratándose de los «proveimientos instructorios cautelares «que como presupuestos objetivos se exigen, tanto en el proceso de conocimiento como ejecutivo y cautelar. Se suscita la duda respecto de aquellas cauciones—cauciones procesales, que hemos adjetivado, puras («las que tienden a impedir una actuación procesal costosa»)»—que se exigen para la interposición de los recursos de casación y revisión (63). Incluso de la que es objeto de exigibilidad por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Hemos de tener presente que teniendo por objeto las cauciones procesales dificultar una actuación costosa para el Estado (64), y que se limitan a garantizar las costas, estableciéndose por la misma Ley—artículos 1.748, 1.767 y 1.809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—el destino y orden de prelación, las mismas tienen un marcado carácter adjetivo.

Por el contrario, respecto de la caución regulada por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, su *ratio* radica en una doble faceta: de un lado, obstaculizar una actuación procesal, de otro la fuerte apariencia de legitimidad, respecto del interés cuestionado, representada por la eficacia atribuida a la constatación registral.

Pero tanto unas—cauciones procesales puras—como las otras—cauciones procesales genéricas—se adscriben a la satisfacción de costas—aspecto adjetivo—, bien al pago de las costas y, además, al resarcimiento de daños y perjuicios—aspecto sustantivo—. En la caución regulada por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria se

(62) «El proceso en sí es un mal—dice F. RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL, *Algunas reflexiones sobre la prueba testifical en los procesos civiles*., cit., pág. 108—, proporciona dispendios económicos y consumo de energías, enerva las conciencias y enrojece los ánimos. No se concibe abstractamente. Sólo se explica en cuanto es dirigido o sirve de moderador vehículo para la realización del bien y fin jurídico. De él se valen los ciudadanos para lograr sus derechos. Y de los ciudadanos se vale el Estado para mantener su ordenamiento privado. Es, por tanto, un mal [social] para un bien, y un mal necesario para un bien contingente. Porque con el proceso agotado o siempre se logra íntegramente el bien jurídico protegido.»

(63) Vid artículos 33, 1.698-9, 1.748, 1.751, 1.767, 1.809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(64) Vid PRIETO CASTRO, *Dispensa de la caución*., cit., pags. 362 y 363.

prevé que garantice, además de lo anterior—daños y perjuicios y costas—la devolución de frutos. Su sustantivación se acentúa y, por ende, la proyección del fin de aseguramiento del contenido económico del derecho inscrito.

2) *Conclusión.*

La problemática derivada de las medidas asegurativas constituye, en el ámbito del Derecho sustantivo, una ardua materia que puede calificarse de *labyrinthus inextrincabilis*. Esta complejidad se acentúa cuando se proyectan tales medidas en el proceso. A las dificultades naturales que de su aplicabilidad, efectos y consecuencias se plantean entre las partes y terceros, producto de la insuficiencia y dispersión de sus normas, se une las derivadas del proceso. Estas circunstancias se agravan cuando se pretende imbuir una orientación procesalista a todas las medidas asegurativas que se desenvuelven en el ámbito del proceso. Lo anterior justifica nuestro esfuerzo por establecer lo que creemos constituye el *finium regundorum* entre caución y proceso cautelar. Presupuesto obligado para fijar el punto de partida en el estudio de una serie de interesantes cuestiones cuya exposición, más o menos acertada, depende de fijar premisas que creamos sólidas (65), partiendo del carácter profiláctico de las medidas asegurativas y de los principios de apariencia, equidad e imparcialidad que las inspiran, porque, es axiomático, que para el estudio de la fisiología y patología es preciso comenzar por la anatomía.

Así: 1.º Hemos destacado cómo existe una notoria diferencia entre caución y proceso cautelar, en razón no sólo a la distinta función asignada a cada instituto, sino a su régimen jurídico y estructuración dentro del proceso.

2.º La caución, en su concepción genérica, se encamina a garantizar el contenido económico del objeto del proceso, participando de un aspecto sustantivo—indemnización de daños y per-

(65) «La problemática del Derecho—dice EDUARDO MARTÍNEZ MORA (*La difícil Ley Hipotecaria*, cit., pág. 255)—, como la de todas las manifestaciones sociales, se resisten a cualquier empeño constructivo, porque son *per se* asintemáticas, y con esto quedan desechas las construcciones conceptuales en otro tiempo tan en boga. El obrar humano no puede insertarse en coordenadas espacio-temporales, porque unas veces es lógico, otras no lógico, y otras, en fin, ilógico, siguiendo la terminología de PARETO.»

juicios—y adjetivo—pago de costas—, lo que hace que se sustantivice y participe de la naturaleza jurídica de la modalidad de garantía que se haya adoptado, gozando de un *ius prelationis* en todo caso.

3.º La caución procesal pura, en cuanto sólo participa de un aspecto, el adjetivo, o a éste se subordina, no puede sustantivarse. No obstante, atribuye un *ius prelationis* conforme al artículo 1.792 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.º La caución contracautelar responde a un principio de equidad (66). Mantenimiento del equilibrio objetivo procesal. El legislador a través de ella trata de coordinar dos tendencias opuestas: Una por la que se pretende neutralizar el posible daño que el ejercicio de un derecho puede acarrear a la parte contraria. Otra, evitar que por el laudable deseo de proteger el ejercicio de un derecho—medida cautelar—se llegue a poner en condiciones de inferioridad a aquel que haya de formular la oposición. Se trata de mantener una bilateralidad en las relaciones juridico-procesales y depurar el oficio jurisdiccional.

(66) «Importa fijarse—dice LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la ciencia de Derecho*, cit., pág. 435—en el hecho decisivo de que la equidad no es lo distinto de la justicia, sino un cierto modo de ser justo, una dimensión ontológica de la propia justicia. La equidad es la justicia del caso concreto. El juez o el legislador, cuando se encuentra en presencia de un caso determinado, tiene que atender, sobre todo, a su naturaleza individual, a lo que tiene de distinto con relación a los demás, que es en lo que consiste la equidad, para dar una solución proporcional o proporcionada a esa naturaleza. Ahora bien en la vida, los casos concretos tienen también dimensiones genéricas, y para esa generalidad se da la norma general que exige la solución genérica para los casos iguales o análogos, y por eso el ser justo requiere el recurrir a un criterio genérico, a un esquema y no a la mera naturaleza individual»

Vid. WENER GOLDSCHIDT, *La imparcialidad como principio básico del proceso*, «Revista de Derecho Procesal», año VI, abril-junio 1950, núm. 2, páginas 184 a 209.

III

FUNDAMENTACION

La caución como modalidad de la tutela cautelar reviste la cualidad de *presupuesto objetivo*, que ha de cumplir aquel contra quien se establece. Es un requisito previo que ha de observar, al objeto de obtener la actuación procesal ulterior que pretende (67).

Frente al problema abstracto de la justicia (68), el ordenamiento tiene que establecer una serie de normas tendentes a garantizar al que tiene razón en definitiva, en consideración al que cree tenerla. Así, al tratar, a través del proceso, de concretar la voluntad abstracta y genérica de la Ley, y la voluntad individual y específica de un sujeto titular de un derecho, establece medidas asegurativas tendentes, unas a garantizar el objeto de la pretensión, y otras, las consecuencias económicas resultantes. Sin ellas el triunfo definitivo resultaría a veces irrisorio, no sólo por razón de la resistencia ofrecida por el oponente. El actor puede excitar la

(67) NICOLÁS GONZÁLEZ DELEITO Y DOMINGO—*El proceso monitorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Procesal», 1950, núm. 3, año VI, págs. 411 a 431; concretamente, 417—dice que «la prestación de la caución tiene todo el carácter de elemento o requisito *sine qua non* para que el sujeto pasivo de la pretensión deducida adquiriera la condición de parte en los autos y se convierta, a su vez, en demandante incidental mediante alegaciones de causas contradictorias de la acción ejercitada por el titular inscrito».

(68) MAX ERNST MAYER—*Filosofía del Derecho*, Colección «Labor», 1937, páginas 180 y 181, citado por F. RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL, en *Algunas reflexiones sobre la prueba testifical en los negocios civiles*. Declaraciones testificales para mejor proveer, «Revista de Derecho Procesal», enero-marzo 1949, año V, número 1, págs. 107 y 119; concretamente, 107 y 108—dice: «La injusticia no es defecto del Derecho, sino una necesidad del mismo... El Derecho es un orden basado en normas. Pero quien siembra normas no puede cosechar justicia. La norma ofrece valores perdurables, garantiza la seguridad jurídica; pero la justicia está cada día a la altura del tiempo: la norma mide con igual medida; a la justicia, en cambio, no pasa inadvertida ninguna desigualdad. El Derecho considera cada caso particular desde el punto de vista impuesto por la regla general, la justicia penetra, por decirlo así, en el corazón del caso. No sabemos qué es más equivocado: si un Derecho sin normas o una justicia regulada normativamente, un Derecho que se desliga de las normas es como un caballo desbocado, una justicia vinculada por normas es como un Pegaso, uncido.» Vid. también CASTÁN TOBEÑAS, *Crisis mundial y crisis del Derecho*. Discurso en la solemne apertura de Tribunales, celebrada el 15 de septiembre de 1960, Reus, Madrid; *La justicia y su contenido, a la luz de las concepciones clásicas y modernas*. Discurso en la solemne apertura de Tribunales del 15 de septiembre de 1967, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia.

tutela jurisdiccional careciendo de fundamentación (69) o bien formularse una oposición sofisticada, convirtiendo, a veces, la victoria en desastre, por el quebranto que en su patrimonio experimenta quien resulte ser el vencedor (70) definitivo.

Lo anterior hace que no puede establecerse con carácter concluyente que la caución implique una *carga* para el demandante. Por ello GUASP (71), al dar el concepto de cauciones en general dice «que se designa al conjunto de medidas que, con finalidad precautoria, se adoptan, según el derecho positivo, *frente al sujeto activo de una pretensión procesal*».

CALAMANDREI, al destacar las características que peculiarizan a las medidas cautelares (72), y como presupuesto axiológico de su función, llega a la conclusión de que se trata de manifestaciones del *imperium iudicis*, al decir que «las medidas cautelares se disponen, más que en interés de los individuos, en interés de la administración de justicia, de la que garantiza el buen funcionamiento y también se podría decir el buen nombre». Y «si la expresión *policía judicial* no tuviera en nuestro ordenamiento un significado preciso, podría resultar singularmente adecuada para designar la tutela cautelar; en ella se encuentran, en efecto, puestos al servicio de la función jurisdiccional, los poderes de prevención, ejercitados en vía de urgencia y a base de un juicio provisorio en el que tienen amplia parte las consideraciones de *oportunidad* que son precisamente características de la función de policía verdadera y propia. Incluso se podría decir que precisamente la materia de las providencias cautelares constituye la zona fronteriza entre la función jurisdiccional y la administrativa de policía». A nuestro juicio, esta conclusión es excesiva. Ya argumentamos (73) cómo, si el proceso se concibe como una serie de actos que tienden a prote-

(69) VÍCTOR FAIREN GUILLÉN—*El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites*, «Revista de Derecho Procesal», año VII, abril-junio 1951, núm. 2, págs. 187 a 213—distingue como causa de repulsa de la pretensión, por defecto de admisibilidad sobre el fondo o bien por defecto de fundabilidad.

(70) Vid. CHIOVENDA, *La condena en costas*, trad. Juan A. de la Puente y Quijano, Gráfica Universal. Madrid. 1928, págs. 531 y 532.

(71) JAIME GUASP, *Derecho procesal civil*, cit., pág. 1351.

(72) PIERO CALAMANDREI, *Estudio sistemático de las providencias cautelares*, cit., págs. 140 y sigs. Hay que tener en cuenta la opinión de este autor respecto de las medidas asegurativas expuestas en la nota núm. (2).

(73) Vid. mi trabajo *Proceso cautelar: el artículo 1.419...*, cit., pág. 48.

ger un derecho (74), su lógica consecuencia es la existencia de medidas preventivas o precautorias encaminadas a la conservación de ese derecho. De esa manera se cumple la razón fundamental atribuida al proceso: concretar la voluntad abstracta y genérica de la Ley, y la voluntad individual y específica de un sujeto titular de un derecho. Ello porque no todas las medidas cautelares se han de fundamentar en base a esa conceptualización, aunque en el fondo exista latente la idea de efectividad del pronunciamiento judicial definitivo. Esa función de equilibrio, de estabilidad, de buen orden en las relaciones procesales, se destaca con mayor intensidad, en los «proveimientos instructorios cautelares». Por otro lado, aquel a quien beneficia la caución puede renunciar expresamente, o incluso la caución procesal pura puede ser dispensada—art. 14, número 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

La caución regulada por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria responde a esas características. Así, su *ratio* no sólo se encamina a proporcionar una cobertura económica de las posibles consecuencias de la pretensión, sino que tiende a dar efectividad al oficio jurisdiccional (75). Pero, a nuestro juicio, la razón radica en la necesidad de proteger la buena fe: buena fe procesal y material. Esta como derivación de los principios hipotecarios y, especialmente, el de legitimación. El procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria provoca una inversión en la situación procesal. Para que el tenedor de la cosa o derecho inscrito susceptible de posesión, uso o servicio, pueda oponerse a la pretensión de su titu-

(74) CHIOVENDA—*Principios de Derecho procesal civil*, trad. Casals Santaló, Edit. Reus, 1922-1925, Madrid, pág. 86—lo define como un «conjunto de actos coordinados que se encaminan a lograr el cumplimiento de la voluntad de la Ley, mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria; PRIETO-CASTRO—*Manual de Derecho procesal civil*, Madrid, 1959-1961, tomo I, pág. 2—dice que «el proceso civil es el organismo por medio del cual el Estado protege el orden jurídico privado, definiendo en cada caso el derecho de los particulares».

(75) «Mientras los hombres—dice F. RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL, *Algunas reflexiones sobre la prueba testifical en los negocios civiles*, en «Revista de Derecha Procesal», enero-marzo 1949, año V, núm. 1, págs. 107 a 119; concretamente, 109—no descubran un medio más apto para la mejor composición de los intereses y derechos en pugna, para el *fiat iusticia*, debemos contentarnos con aplaudir, aunque sea resignados, el instituto del proceso. Triunfa aquí el *appetitus socialis* (sociabilidad) sobre el *appetitus moralis* (deseo de moral intrínseca). Responde a un sistema *transpersonalista* de la vida de relación. Y propugnamos en la hora presente, porque sus directrices actuales contenga la menor densidad y cantidad de mal indispensable; o sea, con que el bien se consiga a través de la menor suma aflictiva del mal.»

lar registral, deberá formular la correspondiente demanda de contradicción, previa prestación de la caución que se le exija. Es el sujeto activo que ha de cumplir con un presupuesto objetivo para obtener una actuación procesal ulterior.

Por regla general, en nuestro ordenamiento jurídico procesal, cuando se exige caución, tiende a proteger o garantizar los resultados económicos: daños y perjuicios y costas. Razón por la cual no puede identificarse con el proceso cautelar.

La apariencia jurídica, ya hemos dicho, marca también su huella en el campo procesal. Actúa en beneficio de aquel que goza de tal apariencia, al objeto de ponerle a cubierto de una actuación maliciosa (76). La obligación de devolver los frutos y resarcir daños y perjuicios se inicia desde el momento en que se incurre en mora (77).

La caución que examinamos cualifica, *prima facie*, como de mala fe al poseedor de un derecho real inscrito, porque la presunción posesoria actúa a favor del titular registral. «A todos los efectos—dice el artículo 38 de la Ley Hipotecaria—se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo». De igual modo se presumirá «que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos».

La buena fe tiene también proyección en el proceso (78). Pero la posibilidad—eventualidad—derivada, tanto de la consecuencia jurídica sustantiva como adjetiva, no es posible establecer, *a priori*, d. forma indubitada, y, como por otro lado, el establecimiento de una caución constituye limitación al ejercicio de un derecho, es perfectamente lógico que se haga uso de la más precavida pru-

(76) Puede darse esa actuación maliciosa, y para contrarrestarla, se exige a aquel que la solicitó una caución, que cubra esos riesgos. Nos encontramos en presencia de la «contracautela». Ejemplo típico, el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(77) Vid. artículo 1.100 del Código civil.

(78) «La aplicación del principio de la buena fe hace penetrar—dice José Luis de los Mozos, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Boch, Casa Editorial, Barcelona, 1965, pág. 15—en el orden jurídico un elemento natural, propiamente extrajurídico, que viene, de este modo, a formar parte de la propia regla jurídica, en lo que los autores de las más diversas épocas o tendencias, se hallan de acuerdo.»

dencia por parte del Juez, con el fin de evitar pueda constituir un medio para denegar la justicia (79).

Hemos dicho que la función de la caución tiende, en esencia a salvaguardar «el oficio judicial». La caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria responde a la idea de preservar un orden, una apariencia de realidad, proclamada por el asiento registral y el «proceso sirve, ante todo, a la realización del Derecho, que es seguridad y orden social, que supone ya alguna justicia. Pues ésta no puede realizar su estructura sino en tanto que exista precisamente un orden. Sobre la base de un orden se puede hablar de justicia o injusticia en la sociedad; si este orden no existe, entonces se puede hablar de ideas o ideales de justicia, pero no de justicia existente en las relaciones de la vida, pues desde el momento que se admite que la vida social está regida por la justicia, se presupone que existe un orden social establecido precisamente por el Derecho en tanto que es Derecho» (80).

El orden social, en las relaciones privadas, se mantiene otorgando y dispensando una protección eficaz a la apariencia. Hasta tanto esta apariencia no sea desvirtuada merece tutela jurisdiccional —es el supuesto previsto en el Código civil en el artículo 446; del mismo artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 2.º, etcétera—. Quien siendo titular inscrito, carece de la posesión, debe ser reintegrado inmediatamente. Si otro se opone, como la presunción actúa a favor de aquél, deberá, como medida inmediata, responder del contenido económico de dicho bien: devolución de frutos, indemnización de daños y perjuicios y costas—que puedan originarse—. La apariencia puede desvirtuarse con la oposición. Por ello, mientras ésta no es declarada con la resolución definitiva, ese posible perjuicio—sustantivo y adjetivo—se cubre con una caución «proporcionada».

(79) Vid. FRANCO NEGRO, *Sobre la oportunidad de adoptar por parte de distintos Estados la institución italiana de fianza para costa*, en «Revista de Derecho Procesal», año X, enero-marzo 1964, núm. 1, págs. 71 a 83; también mi trabajo *Caución y proceso cautelar*, cit., págs. 876 y sigs.

(80) LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la ciencia del Derecho*, año 1943, página 440.

IV

FACTORES INTEGRANTES DE LA CAUCION

Presupuestos.

La caución, constituida con un fin concreto y determinado: garantizar las consecuencias económicas que la pretensión pueda producir en el patrimonio del otro, está subordinada o condicionada al proveimiento resolutorio final. Este condicionamiento está influenciado por un elemento contingente o eventual: recuperación o reintegración posesoria. Presupuesto previo para el examen valorativo de las consecuencias económicas que la caución protege. Pero no arrastra, automáticamente, la apreciación de esas consecuencias. La desestimación de las causas o motivos de oposición constituye el elemento desencadenante para el examen de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para un total o parcial resarcimiento económico.

El examen de tales circunstancias es una secuela refleja de dicha desestimación, pues la valoración de los elementos que integran la declaración respecto a la devolución de frutos, indemnización, daños y perjuicios y costas, está en relación conexas con la conducta observada por el detentador antes y durante el proceso. Así se establece su existencia cualitativa. La posibilidad operativa de la caución, de naturaleza preventiva, viene impuesta, en el orden cuantitativo, tanto en su aspecto sustantivo como adjetivo, por la índole del derecho inscrito no poseído, en razón a su alcance y extensión objetiva. Así se destaca el doble condicionamiento para la efectividad de la caución. Una cosa es la estimación cualitativa y otra cuantitativa. Es decir, la cuestión de su *existencia* y la cuestión de su *estimación*. De la misma manera que es cuestión distinta la fijación del *quantum*, según la apariencia de realidad, derivada de la inscripción registral, que se señale al tiempo de iniciar el proceso que la que ulteriormente se fije en la resolución final.

Así, en la caución cabe apreciar dos fases: una de seguridad, para una eventual declaración judicial de reintegro de frutos, resarcimiento de daños y perjuicios e indemnización por costas. Otra satisfactiva o de realización.

La primera opera *intra certum tempus*. Es decir, por el lapso que media entre su constitución por el sujeto activo obligado y la resolución final. El examen de las circunstancias a que responde la carga de la caución han de tener manifestación expresa en la resolución sobre el mérito. El presupuesto previo, derivado de la desestimación de las causas o motivos de oposición, permite entrar en el examen de las consecuencias económicas que tal declaración comporta como perjuicios experimentados por el titular inscrito que no gozaba de la posesión, uso o servicio del derecho real inscrito. La situación de apariencia proclamada por el asiento librario se ha constatado. La presunción, proclamada por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, se ha evidenciado y abre la fase satisfactiva inherente a la caución.

Frente a lo que pudiera pensarse, la caución actúa como presupuesto objetivo—carga—para rebatir la presunción de legitimación posesoria que proclama el Registro, pero protege el contenido económico de esa misma *praesumptio seu legis—iuris tantum*—, no el elemento objetivo sobre el que recae la posesión. Quien aparece como titular registral, goza de todas las consecuencias jurídicas que la constación libraria proclama. El procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria revela que quien lo ejercita carece del *ius possessionis* y de los efectos económicos que esa posesión supone. Por esta razón, la caución, como medida asegurativa, tendente a amparar la presunción posesoria, sólo podía extenderse al contenido mismo de la posesión: devolución de frutos, resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la falta de tenencia, uso o servicio, respecto de aquel que la disfruta. Así, la presunción de exclusividad de que goza la relación declarada como aparentemente cierta, actúa condicionando el eventual derecho de quien posee (81).

Lo anterior es consecuencia de la constatación libraria. Sólo quien aparece como titular es el que está facultado para realizar los actos de disposición y goce del derecho real ins-

(81) MONTESQUIEU decía «que las formalidades de la justicia, en relación a lo que cuesta a un ciudadano el que se reconozca su derecho o se le dé satisfacción para cualquier ultraje, se encontraron acaso excesivas; pero si se contemplan en orden a la relación que tienen con la libertad y seguridad de los ciudadanos, se encontrará, a menudo, que son pocas, y podrá observarse que las molestias, los gastos, los aplazamientos, los riesgos mismos de la justicia, son el precio que cada ciudadano paga por su libertad».

crítico. La posibilidad de adoptar medidas de seguridad, derivadas de la acción cautelar, son las mismas de que participa quien las reclama al amparo del artículo 1.419 o de cualquier otra norma que se adapte a la clase de derecho registrado.

a) *Fase de seguridad.*

La caución, como hemos expuesto, desenvuelve su eficacia en dos fases: de seguridad y de ejecución.

En la primera, la responsabilidad es meramente eventual. La caución prestada está afectada al doble condicionamiento ya indicado: desestimación de la causa de oposición invocada y apreciación de alguna o todas las obligaciones que ampara.

En esta fase se destaca, con toda nitidez, cómo la caución tiende a dar efectividad al oficio jurisdiccional. Su función preservadora o tutelar del orden jurídico procesal se evidencia, como, asimismo, se mantiene la protección a quien, con arreglo a la legislación, goza de una apariencia de rango superior—caso contemplado por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria—. Interinamente no existe más que un derecho eventual—contingente—que recae sobre el contenido económico de la caución constituida.

Durante esta fase, la caución, prestada en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, está sujeta al control judicial—consignación, depósito, etc.—. Y si el caucionero no puede realizar actos dispositivos respecto de lo que constituye la caución, y el caucionante carece de *ius persequendi*, la caución está subordinada al proceso.

En el cumplimiento de esta función, es preciso recordar que la caución ha de prestarse en la cantidad que por el juez se estime justa—artículo 137, número 6, del Reglamento Hipotecario—, sustrayéndose del haber patrimonial del caucionero.

b) *Fase de realización.*

Desestimada la causa o motivos de oposición, y valoradas positivamente las circunstancias integrantes de la reintegración posesoria, se da paso a la satisfactiva derivada de la caución, si la declaración de condena no es satisfecha voluntariamente

por el procedimiento que la Ley establece. Así, la cobertura, tanto sustantiva como adjetiva, se materializa.

La armónica conjunción de contrapuestos intereses se materializa, restableciéndose el equilibrio exigido para la concordia y paz social, mediante la aplicación de la norma. Somos siervos de las Leyes para poder ser libres (82).

JOSÉ LUIS RUIZ SÁNCHEZ,

Magistrado.

(82) CICERÓN, *Servi enien legum sumus ut magis liberisimus*.