

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	1
FALLO	16

FICHA TÉCNICA**Legislación**

Cita 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.18.2 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.1218, art.1225, art.1226 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuenlabrada, en fecha 11 de septiembre de 2008, se dictó auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:"1.-ACEDIENDO a lo solicitaso por el Procurador Sr/Sra CARLOS IBAÑEZ D ELA CADINIERE en nombre y representación de LICO LEASING S.A.E.F.C., se acuerda: El embargo preventivo de los siguientes bienes: de la titularidad de Cubiertas Serbe SL, 100% del pleno dominio por título de aportación de la vivienda sita en la calle Francia número 48, bloque A, portal 2, planta 1, puerta 2 Urbanización Fuenlabrada II, El Lomo, inscrita en el Registro de la Propiedad número 3 de Fuenlabrada al tomo 1489, libro 368, folio 140, finca registral 23,731, así como los derechos de arrendamiento financiero sobre el vehiculo Camión Renault Kerax 320.26 matrícula 4308FHN y sobre Grúa PK 29002/G; de titularidad de Fausto . 50% DEL PLENO DOMINIO DE LA PLAZA DE GARAJE NÚMERO NUM000 SITA EN DIRECCION000 número NUM001, puerta NUM000, inscrita en el Registro de la Propiedad de Fuenlabrada número 3 al tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM000, finca registral NUM004 . La anotación preventiva de la presente demanda sobre al finca registral número NUM005, inscrita en el registro de la Propiedad número 3 de Fuenlabrada al tomo NUM006, libro NUM007 de Fuenlabrada 3 y tomo NUM008, libro NUM009 de fuenlabrada 3. 2.-La anterior medida cautelar se ejecutará una vez que la parte solicitante preste la siguiente caución: Forma..Prestación de aval bancario. Cuantía... SEIS MIL EUROS (6.000 euros), Plazo, DIEZ DIAS.- 3.- Llévase testimonio de esta resolución a los autos principales. 4.- Las costas del incidente se imponen a la parte demandada."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. Admitido el recurso de apelación en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada. Elevándose los autos ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 27 de octubre de 2009, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 17 de noviembre de 2009.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los razonamientos jurídicos de la resolución recurrida en cuanto no aparezca contradicho o desvirtuado por los que se expresan a continuación.

SEGUNDO.- (1) Mediante «otrosí» del escrito de demanda formulada ante los Juzgados de Primera Instancia de Fuenlabrada (Madrid) por la representación procesal de la entidad mercantil «Lico Leasing, SA, EFC» frente a la entidad mercantil «Cubiertas Serbe, SL», D. Fausto y Dª Marisol, D. Eliseo y Dª Purificacion solicitud de adopción de la medida cautelar consistente en el embargo preventivo de bienes y anotación preventiva de la demanda.

(2) Turnado el conocimiento de la petición al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Fuenlabrada (Madrid) este órgano acordó por proveído de 11 de julio de 2007 la convocatoria de los interesados a la celebración de comparecencia para la audiencia del 5 de septiembre inmediato siguiente.

(3) Celebrado finalmente el acto en fecha 9 de septiembre de 2008, por medio de Auto de 11 de septiembre de 2008, la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Fuenlabrada (Madrid) resolvió acceder a lo interesado y acordar «.. El embargo preventivo de los siguientes bienes: de la titularidad de Cubiertas Serbe SL, 100% del pleno dominio por título de aportación de la vivienda sita en la calle Francia número 48, bloque A, portal 2, planta 1, puerta 2 Urbanización Fuenlabrada II, El Lomo, inscrita en el Registro de la Propiedad número 3 de Fuenlabrada al tomo 1489, libro 368, folio 140, finca registral 23.731, así como los derechos de arrendamiento financiero sobre el vehículo Camión Renault Kerax 320.26 matrícula 4308FHN y sobre Grúa PK

29002/G; de titularidad de Fausto: 50% del pleno dominio de la plaza de garaje número NUM000 sita en DIRECCION000 número NUM001 puerta NUM000 inscrita en el Registro de la Propiedad número 3 de Fuenlabrada al tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM000, finca registral NUM004 .

La anotación preventiva de la presente demanda sobre la finca registral número NUM005, inscrita en el Registro de la Propiedad número 3 de Fuenlabrada al tomo NUM006, libro NUM007 de Fuenlabrada 3 y tomo NUM008, libro NUM009 de Fuenlabrada 3.

2.-La anterior medida cautelar se ejecutará una vez que la parte solicitante preste la siguiente caución: FormaPrestación de aval bancario. Cuantía: SEIS MIL EUROS (6.000 euros); Plazo: DIEZ DI.-Llévese testimonio de esta resolución a los autos principales. 4.- Las costas del incidente se imponen a la parte demandada.»

(4) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 22 de septiembre de 2008 la representación procesal de los sujetos pasivos interesó del Juzgado «a quo» que tuviera por preparado recurso de apelación frente a la resolución recaída.

(5) Por proveído de 15 de octubre de 2008 se acordó tener por preparado el recurso de apelación anunciado y emplazar a la parte recurrente para su interposición en tiempo y forma legales.

(6) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 17 de noviembre de 2008 la representación procesal de los sujetos pasivos interpuso el recurso de apelación anunciado fundándolo en las siguientes: «.. ALEGACIONES.

PRIMERO.- Infracción del Art 442 de la LECivil EDL 2000/77463 , en relación con el acuerdo de Junta de Jueces de a lima. Audiencia Provincial sobre la incomparecencia del demandante en Juicios Verbales.

Esta parte ante la inasistencia de la parte actora de las medidas cautelares, que si bien acudió con procurador y abogado, no asistió personalmente, solicitó del tribunal que se le tuviese por incomparecida teniéndola por desistida en la acción deducida y condena en costas.

El juzgador, lejos del criterio establecido en la Audiencia provincial, y del ordenamiento jurídico respecto de dicha asistencia en las vistas que se celebran como juicios verbales, resolvió, con la respetuosa protesta de esta parte, que no era necesaria la asistencia del representante legal de la actora, y fundamentó su resolución en que no era posible llegar a una transacción en el pleito ni tampoco estaba previsto el desistimiento por dicha parte.

El argumento es inaceptable desde nuestro punto de vista, pues lo fuese EN TODOS LOS JUICIOS VERBALES ante la incomparecencia de una de las partes por sí mismas, podría alegarse la imposibilidad de llegar a un acuerdo al tiempo que se manifiesta el deseo de no desistir a la acción.

Entendemos que el juzgador, no tenía otra alternativa ajustada a derecho, que resolver en el sentido pretendido de no tener por comparecida a la parte que dedujo la petición imponiéndole las costas.

Su resolución, ha ocasionado un trato discriminatorio con otras personas y en otros procesos, y sobre todo ha quebrantado, además del acuerdo de la Audiencia Provincial aludido, la tutela efectiva de mi principal, establecida en el Art 24 de la C.E EDL 1978/3879 . que se ve así vulnerado.

SEGUNDA.- INTERROGATORIO DE PARTE, E IMPUGNACION DE DOCUMENTOS

Hay que partir de la base de que esta parte solicitó el interrogatorio de la parte actora, en la persona de su representante legal, naturalmente no se practicó por su incomparecencia ya comentada en el hecho anterior.

Esta parte dio lectura a la preguntas que pretendía formularle, y a pesar de que los documentos estaban expresamente impugnados, y del mencionado interrogatorio que no pudo practicarse, en el auto que aquí se recurre nada de esto se aprecia.

Por una parte del resultado de dicho interrogatorio, no se tiene por confeso a la parte única responsable de su incomparecencia, y por otra se omiten los contenidos del interrogatorio para finalmente estimar como prueba plena una documental que expresamente había sido procesalmente impugnada, tanto en la contestación de la demanda como en el propio acto de la vista de medidas cautelares.

La valoración probatoria, así como el no estimar que respecto a las preguntas deducidas en el interrogatorio que no se pudo practicar, supone un error por parte del juzgador, que una vez más HA SUPLIDO LOS ERRORES DE LA PARTE ACTORA. Ante lo HIZO SALVANDO SU INCOMPARECENCIA ahora, SALVA SU INTERROGATORIO y SALVA LA IMPUGNACION DOCUMENTAL.

TERCERO.- Finalmente las medidas cautelares adoptadas SON ESTERILES, y no están adecuadas a lo que se pretende

Al tiempo de interponer la demanda y de formalizar la petición de medidas cautelares, es fácilmente corroborable que las fincas cuyos embargo se han solicitado no obran bajo la TITULARIDAD de ninguno de mis representados, en consecuencia no podrán tener efecto, circunstancia que naturalmente la actora conoce o debía conocer, dado que es la que inicia la acción y desde luego si solicita una medida cautelar sobre un inmueble es exigible que previamente se cerciore de la titularidad del mismo.

En consecuencia la adopción de las medidas cautelares adoptadas, debieron en todo caso denegarse, pero aceptando a los solos efectos dialécticos, que se estimasen deberían haberse salvado los derechos que dispensa la protección hipotecaria del art.34 de dicha ley, y por tanto haberse establecido que todo ello " sin perjuicio de tercero" ..».

Y terminaba solicitando que «.. con estimación del recurso acuerde revocar el mencionado auto dejándolo sin efecto y en su lugar dictar resolución por la que se acuerde tener por incomparecida a la parte actora en la vista de medidas cautelares teniéndola por desistida en las mismas y con imposición de las costas a la misma, y con carácter subsidiario caso de no estimarse la pretensión anterior, acuerde en todo caso la revocación del auto recurrido dejándolo sin efecto y dictando uno en su lugar por el que se declare no haber lugar ha acordar las medidas cautelares solicitadas, y finalmente y con carácter subsidiario a las anteriores, caso de entender que proceden se revoque el auto en el sentido de añadirle que todo ello sin perjuicio de tercero».

(7) Por proveído de 28 de mayo de 2009 se declaró precluido el trámite de oposición o impugnación de la parte peticionaria.

TERCERO.- I. La tutela cautelar

Con carácter general es preciso subrayar que en ocasiones, derivadas bien de la esencia misma de las cosas, o bien de criterios -- contingentes y variables-- de conveniencia social, la adecuada protección jurisdiccional de determinados derechos o intereses no permite aguardar hasta el dictado de una sentencia tras la sustanciación de un juicio ordinario, ni a la eventual posterior adecuación de la realidad a lo decidido en aquélla. Con la finalidad de proporcionar una satisfacción inmediata a ciertos derechos de crédito o de impedir que se prolonguen en el tiempo situaciones ilícitas la práctica totalidad de los ordenamientos acostumbran a regular una plural variedad de instrumentos de tutela jurisdiccional distinta de la ordinaria, a los que en su conjunto, y a pesar de su diversidad, se denomina comúnmente «tutela sumaria».

Lo característico de toda tutela sumaria es que se permite la rápida --pero provisional-- injerencia en la esfera jurídica patrimonial de los particulares para actuar sobre ella sin juzgar o tras un enjuiciamiento superficial y provisional --esto es, sin que conste de modo incontrovertible que el beneficiario tenga derecho a la tutela-- los trascendentes cambios generalmente anudados a la actividad propiamente ejecutiva.

Si en otros Ordenamientos las diversas fórmulas de tutela sumaria abarcan tanto prestaciones de naturaleza pecuniaria como no pecuniaria --V. gr., las ordonnances en référé (y en particular el «référé-provision») o los procedimientos d'injonction («de faire» y «de payer») del Derecho francés; los «interlocutory injunction» del derecho inglés, o la Leistungsverfügung en el Derecho alemán--, en el nuestro la forma más frecuente y extendida se circunscribe a las prestaciones de naturaleza pecuniaria: los procesos de ejecución de títulos extrajudiciales; los procedimientos monitorio y cambiario. Sólo de modo fragmentario y asistemático se prevé en relación con las obligaciones de hacer, no hacer y dar cosas distintas del dinero: protección posesoria; de derechos reales inscritos; procedimiento de ejecución hipotecario; leasing y venta de bienes muebles a plazos.

No obstante desde hace algún tiempo se advierte cierta tendencia, principalmente en el seno de las leyes especiales pero que se ha generalizado con la LEC 1/2000 EDL 2000/77463 , a permitir que pueda postularse y obtenerse lo que es objeto propio de los mecanismos de tutela sumaria a través de las medidas cautelares.

Aunque esta orientación cuenta con el beneplácito de un importante sector de la dogmática, en nuestro criterio las medidas cautelares no prescinden --ni, por lo mismo, son aptas. para sustituirlo siquiera sea provisionalmente-- del proceso ordinario de declaración; las medidas cautelares no son un mecanismo de tutela sumaria. Porque existen sólo en función de aquél, forman parte de la tutela ordinaria; en consecuencia, y a pesar de lo que parece decir el art. 5, apdo. 1 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 , consideramos artificioso configurar un pretendido derecho subjetivo público a la adopción de medidas cautelares de carácter autónomo e independiente del derecho a la tutela ordinaria.

No encuentra mucho sentido la mención explícita y concreta en el art. 5, apdo. 1 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 de las pretensiones cautelares, dado su carácter subordinado y dependiente, al lado de las formas de tutela jurisdiccional principal (declarativa, constitutiva y de condena). Nótese que en este precepto no se alude a otras peticiones de tutela accesoria sin que ello suponga que estén impedidas: señaladamente, diligencias preliminares, aseguramiento o anticipación de prueba; o acto de conciliación.

CUARTO.- A la luz de lo dispuesto en los arts. 721, apdo. 1; 726, apdo. 1, 1.ª; 727, 11.ª y 728, apdo. 1 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 , se consideran medidas cautelares las actuaciones que puede ordenar el Juez sobre la esfera jurídica patrimonial de un demandado orientadas a asegurar la efectividad de una futura y eventual sentencia estimatoria.

Estas normas incorporan una sustancial variación respecto del texto del Anteproyecto cuyo art. 720 se refería a la «efectividad de la sentencia condenatoria...». A su vez, se advierte cierta descoordinación entre el articulado y la Exposición de Motivos de la Ley, en la que aún se afirma que «...Se trata de que las medidas resulten en verdad eficaces para lograr, no sólo que la sentencia de condena pueda ejecutarse de alguna manera, sino para evitar que sea ilusoria, en sus propios términos...».

El alcance y significación de esta locución resultaba algo confuso, ya que el término «condena» admite, en principio, dos acepciones: una amplia --en innegable sinécdoque--, equivalente o sinónimo de sentencia favorable o «estimatoria», abstracción hecha de su naturaleza en función de la acción concretamente ejercitada; y uno más restringido, equiparable sólo a las sentencias propicias al demandante que contengan un pronunciamiento de condena, esto es, un mandato al vencido para el cumplimiento de una prestación. De acuerdo con la primera intelección habrían de quedar excluidas de su ámbito aplicativo únicamente las sentencias absolutorias, por razones de forma o de fondo, en tanto que con la segunda se exceptúan, junto a las anteriores, las sentencias que reconozcan la certeza o modo de ser de una relación o situación jurídica dada -- meramente declarativas--, y las que crean, modifican o extinguen una situación o relación jurídica que sin ellas no puede producirse -- constitutivas--, las cuales ya se venían considerando por la doctrina científica mayoritaria como cautelables, a pesar de que no son susceptibles de ejecución en sentido propio.

Empero, la sustitución de las expresiones «sentencia condenatoria» y «sentencia de condena» que aparecían en los arts. 720; 725, apdo. 1, 3.ª ApLEC por la de «sentencia estimatoria» --arts. 721, apdo. 1; 726, apdo. 1, 1.ª; 728, apdo. 1; 746, apdo. 1--, aunque se conserva en el art. 727, 1.ª y 2.ª, parece abonar la interpretación de que en la economía del texto legal no son únicamente cautelables las sentencias en litigios que versen sobre acciones de condena sino también respecto de acciones mero-declarativas o constitutivas, a propósito de las cuales sólo impropia mente cabe hablar de «ejecución» --Vid., S.T.S., Sala Primera, de 4 de diciembre de 1992 (Pte.: Excmo. Sr. Fernández Cid de Temes)--.

Esta conclusión se ve robustecida con la previsión de medidas aptas. para garantizar la efectividad de pronunciamientos de contenido distinto al de condena, como las anotaciones registrales del art. 727, 5.ª y 6.ª o la suspensión de acuerdos societarios del art. 727, 10.ª. A su vez, el último inciso del art. 726, apdo. 2 evoca, inevitablemente, el art. 488 del N.C.P.C. francés, y, en nuestro Derecho, a la dicción del art. 136, apdo. 2 L.P., de acuerdo con el cual «la resolución que recaiga sobre la petición de medidas cautelares no prejuzgará en

absoluto lo que pueda dictarse en virtud de la acción que se ejercite en el procedimiento de fondo correspondiente», extremo sobre el que se insiste nuevamente en el art. 728, apdo. 2 .

La formulación de la nueva LEC EDL 2000/77463 no permite conocer por sí misma, sin embargo, si responde a un cambio de orientación conceptual o, por el contrario, se trata de una mera precisión terminológica para expresar de forma inequívoca su concepción originaria acerca del instituto examinado. Incertidumbre que acrecienta la dicción del art. 726, apdo. 1, 1.ª LEC 1/2000 EDL 2000/77463 , en el que se menciona como función esencial de las medidas la de ser «... conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria...», de manera que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente.

Por su parte --y además de pleonástico-- tampoco es unívoco el sentido predicable de la locución «asegurar la efectividad». Por su generalidad y relatividad, esta expresión no está exenta de cierta anfibología. Cabe, en primer lugar, descomponer la expresión y analizar separadamente cada uno de sus términos: «asegurar» es, señaladamente, «dejar firme y seguro; establecer, fijar sólidamente», «librar de cuidado o temor; tranquilizar, infundir confianza»; es decir, preservar o resguardar alguna cosa en condiciones tales que impidan su deterioro o pérdida. Pero también la «efectividad» puede asimilarse a la «ejecución», esto es, a los medios o sistemas de coacción que, con las limitaciones legalmente establecidas, permiten restablecer prácticamente el derecho a la prestación incumplida en sus propios términos (identidad e integridad) o, de no ser posible, a través de su equivalente pecuniario; o puede referirse a la actuación del pronunciamiento judicial «en condiciones de plena utilidad» para el favorecido por aquél.

La «ejecución» en sentido propio no es predicable más que de los pronunciamientos de condena a una prestación contenidos en las sentencias favorables a quien sea demandante, sin perjuicio de las actuaciones complementarias que puedan precisar las resoluciones mero declarativas y constitutivas para reforzar su eficacia práctica, aunque, no obstante ser distinta su índole a la de las operaciones exigidas por aquélla, sean también susceptibles de alguna suerte de garantía.

A su vez, la «efectividad» se diferenciará tanto más de la propia «ejecución» cuanto mayor pueda ser la divergencia apreciable entre el resultado que obtendría el litigante beneficiado por la resolución judicial en el caso de que el vencido acceda de grado a su cumplimiento, y el del provecho o satisfacción que pueda en definitiva procurársele en el caso de ser precisa la realización coactiva de la sentencia.

Con todo, en la medida en que las normas prevean los instrumentos precisos para que las sentencias definitivas puedan ser objeto de «cumplimiento pleno» y en «sus propios términos», al modo en que aparece impuesto por el art. 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial EDL 1985/8754 , necesariamente se reducirán o desvanecerán las diferencias que separan ambos conceptos

QUINTO.- Tradicionalmente se ha visto en las medidas cautelares el instrumento idóneo para conjurar el riesgo de que el transcurso del tiempo necesario para la sustanciación del proceso de declaración termine por impedir la satisfacción del interés del demandante tras una eventual sentencia favorable, o bien porque el demandado aproveche ese período para dificultar o hacer imposible la actuación del derecho que pueda reconocerse a favor de aquél, o bien porque durante su transcurso puedan sobrevenir circunstancias naturales o jurídicas de origen e índole casual. Empero, también cabe atribuir al término «efectividad» un sentido algo diferente.

Ciertamente, es posible adoptar una perspectiva dinámica, que tome en consideración la dimensión temporal del proceso como fuente y origen de peligro, no tanto para la integridad de la prestación debida cuanto para el objeto mismo del proceso. Se trataría de los casos, progresivamente más frecuentes en una realidad social dominada por la presteza, en los que cualquier dilación en la resolución definitiva del litigio puede comprometer la identidad entre el derecho reconocido en ella y lo que luego pueda cumplirse. El peligro aquí no consiste en la eventualidad de obtener menos --y aun nada--, sino en la presumible dificultad o impracticabilidad de lograr después aquello y sólo aquello que en la resolución se reconozca tener derecho a obtener, precisamente por producirse en un momento en el cual carezca total o parcialmente de sentido, de valor o de virtudes propiamente satisfactorias, y cuya consecución sería hoy todavía posible. Pero para conjurar este riesgo no conviene adoptar medidas cautelares, sino acudir a mecanismos de «tutela sumaria».

Desde un punto de vista objetivo, nuestro Derecho no considera totalmente desprovistas de «efectividad» las resoluciones jurisdiccionales cuando, de no poderse cumplir cabal e íntegramente «en sus propios términos» por justa causa, su contenido deba ser sustituido en todo o en parte por el «id quod interest» -- arg. ex art. 18.2 L.O.P.J EDL 1985/8754 .--, aun cuando sea posible dudar de la efectiva equivalencia de la compensación pecuniaria y el bien o derecho reemplazado, y en especial, desde la óptica subjetiva del demandante, cualquiera que sea el grado de generosidad con que normativamente se prevea el recurso a esa mutación.

Sobre la base de anteponer y potenciar el término «efectividad» sobre el más limitativo de «asegurar», se preconiza la conveniencia de ampliar el ámbito y contenido de las medidas cautelares para comprender en esta noción actuaciones provisionalmente «satisfactivas», esto es, que anticipen en la proporción -- variable en cada caso-- necesaria, la tutela interesada en el proceso de declaración.

Con todo, estamos persuadidos de que la disociación de los términos «asegurar» y «efectividad» no debe trascender de los límites de su examen semántico ni llevar a la contraposición de uno y otro para neutralizar el primero a costa del segundo. Sin desconocer el loable objetivo que anima esta intelección, en último término se resuelve en una desnaturalización del instituto cautelar.

La conjunción de ambos vocablos determina la genuina función de las medidas cautelares. Garantizar, en lo menester, que cuando sea dictada la resolución podrá restablecer el derecho vulnerado, oficio protector del que notoriamente excede la concesión «hic et nunc» de la misma tutela a cuya obtención se orienta el proceso ordinario de declaración.

Ahora bien, como no cabe desconocer la existencia en la realidad cotidiana de situaciones que reclaman una protección urgente, deberían arbitrarse los medios para dispensar ese amparo inminente en prevención de un daño de imposible o dificultosa reparación, siquiera sea de forma provisional y cuyos resultados puedan revisarse con la amplitud y profundidad del proceso de declaración ordinario. Pero en nuestro criterio esta no es función propia de la tutela cautelar.

SEXTO.- La actitud de nuestro ordenamiento procesal en este particular extremo se muestra un tanto equívoca. Junto a preceptos que parecen acoger la concepción tradicional de las medidas cautelares --asegurar la ejecución de una futura sentencia de condena--, otros parecen preconizar la posibilidad de acordar como «medidas cautelares» actuaciones que comportan una importante y a veces irreversible injerencia en el patrimonio de quien ha sido --acaso injustamente-- demandado, y con las que prácticamente se adelanta al inicio del proceso la ejecución de la sentencia condenatoria que eventualmente pueda dictarse.

Con estas «medidas cautelares» se permite conseguir sin haberse dictado sentencia --e incluso sin conceder previa audiencia al sujeto pasivo-- lo mismo y acaso más de lo que se pretende obtener con la ejecución de una sentencia estimatoria de la acción ejercitada. Dicho en otros términos: con estas «medidas cautelares» se somete la esfera jurídica patrimonial del sujeto pasivo --que puede no haber sido siquiera demandado aún-- a las mismas restricciones, limitaciones y aflicciones que produciría la ejecución de la sentencia de condena.

Otra importante dirección exegética defiende, en cambio, una orientación mucho más prudente de las medidas cautelares, con fundamento en que: 1. No es conveniente denominar igual y disciplinar el mismo régimen jurídico para actuaciones de mera conservación o garantía y para figuras que, en último término, comportan una ejecución anticipada sin título --y sin garantías de audiencia, contradicción y defensa-- suficientes; 2. Si no suscita dificultad alguna reconocer la posibilidad -- incluso muy generosa-- de prevenir, no parece oportuno que el proceso se resuelva con ocasión de un incidente subordinado, ni que se adopte frente a quien sólo es un pretendido (o afirmado) deudor u obligado el mismo comportamiento que a quien ha sido declarado responsable en un título ejecutivo.

El art. 726, apdo. 1, 1.ª LEC 1/2000 EDL 2000/77463 es exponente paradigmático de la orientación clásica -- o moderada-- de las medidas cautelares. Para este precepto son medidas cautelares aquellas en las que concurren los siguientes caracteres: a) ser actuaciones, directas o indirectas, sobre los bienes y derechos de quien es --o va a ser de inmediato-- demandado; b) ser exclusivamente conducente a posibilitar la ejecución de una sentencia condenatoria; c) no ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

La notable amplitud del art. 726, apdo. 1, 1.ª LEC 1/2000 EDL 2000/77463 permite adoptar como medidas cautelares cualesquiera actuaciones --así las tradicionales como las más novedosas-- con la única limitación de que recaigan directa o indirectamente sobre los bienes y derechos del demandado. En principio, lo que la norma dice, acaso sin proponérselo deliberadamente es sólo esto: salvo que se acuda a una interpretación voluntarista más atenta a una potencial voluntad legislatoris que a la voluntad legis que expresa el texto positivo, no parece posible adoptar como medida cautelar una actuación que se dirija o recaiga sobre la persona del demandado: v. gr., los apremios previstos en los arts. 699 y 704 ni los apercibimientos de incurrir en delito de desobediencia (arts. 441, apdo. 4 o 710, apdo. 1).

Lo que no significa excluir actuaciones posibles sin o contra la voluntad del demandado (v. gr., embargos, anotaciones preventivas, intervenciones, administraciones, depósitos, etc).

Pero sólo conviene el calificativo de medida cautelar a la actuación directa o indirecta sobre los bienes y derechos del demandado que sea, a la vez, «... exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente».

Se trata, pues, únicamente de garantizar y posibilitar la futura y eventual --caso de ser necesaria-- ejecución de la sentencia (u otra resolución equivalente) que se dicte. Las medidas cautelares existen y se justifican sólo en función del proceso de declaración --que ya está pendiente o lo estará necesariamente en breve--, al que se subordinan y del que indeclinablemente dependen.

Hasta el punto de que si el proceso no llega a incoarse (art. 730, apdo. 2) o luego de promoverse finaliza --de modo normal (arts. 744 y 745, párr. primero) o anormal (art. 745, párr. segundo)-- la medida debe ser alzada o reemplazada por una medida ejecutiva.

Esta íntima dependencia de un proceso principal determina que de toda medida cautelar se predique ser instrumental, temporal, provisionalidad y condicionada. Repárese, de un lado, en que sin perjuicio de que también resulte predicable de otros institutos, las medidas cautelares son intrínseca y ontológicamente «temporales» o «provisionales». Esto es, carecen por definición de vocación de permanencia en cuanto llamadas a garantizar la eficacia de la resolución que se dicte en un proceso principal, a subsistir sólo hasta la finalización de éste y se encuentran «condicionadas» por su efectiva pendencia actual o inmediateamente próxima.

La vinculación de las medidas cautelares con un proceso principal, al que sirven, parece destacarse en la LEC EDL 2000/77463 al subordinarse la solicitud y consecuente adopción de medidas a la pendencia actual de un litigio o a su inmediata iniciación. Así, el art. 721, apdo. 1 refiere su solicitud al «actor, principal o reconvenional»; y el art. 722 a «quien acredite ser parte...». Se subraya, además, en el art. 730.1 al establecer que «las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal». Sin embargo, se admite de modo explícito que, como excepción, puedan solicitarse con anterioridad a la interposición de la demanda (arts. 723, apdo. 1, 725, apdo. 1 y 730, apdo. 2, párr. primero), siempre que, conforme a lo dispuesto en el art. 730, apdo. 2 se aleguen y acrediten «razones de urgencia o necesidad». A su vez, conforme a la concepción clásica, se impone la presentación de la demanda ante el mismo órgano que conoció de la solicitud en un plazo perentorio de 20 días siguientes «a su adopción» (art. 730, apdo. 2, párr. segundo).

A su vez, las medidas cautelares, por esencia, están abocadas a extinguirse al mismo tiempo que el proceso de declaración, ora definitivamente, en el caso de recaer sentencia desfavorable al solicitante --no encuentran sentido al desvanecerse un eventual efecto precisado de aseguramiento--, ora para ser sustituidas por las medidas de cumplimiento de la sentencia estimatoria. Análogamente, se ordena el alzamiento de las medidas «si el proceso quedare en suspenso durante más de seis meses» (art. 731, apdo. 1, párr. segundo). Y si, como regla, la terminación del proceso «por cualquier causa» pone fin a la vigencia de las cautelas (art. 731, apdo. 1), y especialmente en caso de sentencia absolutoria firme (art. 745, apdo. 1), excepcionalmente se autoriza al órgano judicial a que, a instancia del actor vencido y previa audiencia de la parte contraria, pueda potestativamente mantenerlas o sustituirlas por otras tras una sentencia que no haya alcanzado firmeza, «atendidas las circunstancias del caso y previo aumento del importe de la caución» (art. 744, apdo. 1).

Con elemental precaución el art. 726, apdo. 1, 2.^a impide acordar una medida cautelar que sea «... susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz... pero menos gravosa o perjudicial para el demandado». Ante una solicitud de cualquier medida, el Juez ha de comprobar y decidir, de oficio y fundadamente, si para posibilitar o asegurar la ejecución es únicamente eficaz la actuación concretamente pedida o si, por el contrario, esta finalidad puede lograrse satisfactoriamente sin infligir al sujeto pasivo el detrimento --o los inconvenientes-- que le deparará la medida solicitada.

SÉPTIMO.- Junto a las medidas tradicionales, la LEC 1/2000 EDL 2000/77463 admite también, explícitamente, medidas que adelantan al inicio del proceso --o incluso a un momento anterior a la presentación de la demanda-- prácticamente o en su integridad los efectos de una sentencia estimatoria. El art. 726, apdo. 2 permite acordar actuaciones «... de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso»; y el art. 727, 7.^a a 10.^a --y, por remisión a medidas contempladas en leyes especiales, la 11.^a--, prevén actuaciones de igual alcance y contenido que la ejecución forzosa, que exceden notoriamente del propósito enunciado en el art. 726, apdo. 1, 1.^a; o dicho de otro modo: que no son, en rigor, «exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria...».

Milita en esta dirección, además, que no se ha incorporado a la LEC 1/2000 EDL 2000/77463 la mención que contenía el art. 725, apdo. 1, 3.^a del Anteproyecto, por la que se impedía la solicitud y la adopción de medidas consistentes «en lo mismo o más que lo que obtendría el actor con la ejecución, en sus propios términos, de la sentencia de condena que pretenda».

La interpretación del art. 726, apdo. 2 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 resulta en extremo dificultosa.

Si puede no dudarse que este precepto autoriza al Juez a acordar «... órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso», parece que ni siquiera el propio legislador está muy seguro de que estas actuaciones constituyan genuinas medidas cautelares; o mejor, revela el convencimiento de que no son medidas exclusivamente conducentes a asegurar la efectividad de la tutela judicial que pueda otorgarse en una sentencia eventualmente estimatoria de la demanda (principal o reconvenzional).

En efecto, si la autorización para acordar estas «medidas» se concede «... con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares...», es porque en su más íntima esencia no se encuentran adornadas de estos caracteres. Una de dos: o se considera que son, de verdad, medidas cautelares, en cuyo caso no tiene mucho sentido reiterar sus rasgos definitorios; o se estima que no lo son, y por ello es preciso subrayar enfáticamente que pueden serlo siempre que adopten su fisonomía. Dicho en otros términos: en rigor, únicamente puede obtener o adquirir «... el carácter... previsto... para...» una cosa determinada aquello que en sí misma no lo es ni, en consecuencia, posee originariamente sus cualidades. En cambio, lo que ya es esa cosa determinada, ostenta por naturaleza los atributos propios de la misma y, en lógica elemental, no precisa que le sean atribuidos o adjudicados.

Abunda en esta idea el que se afirme que esas «órdenes y prohibiciones» --Es ésta una expresión redundante: Una prohibición no es sino la imposición preceptiva de un comportamiento omisivo --abstención o «no hacer»--, pero es que la «orden» no necesariamente ha de tener siempre como contenido una conducta activa. Hubiera bastado, pues, referirse a «órdenes»-- pueden tener un «contenido similar a lo que se pretenda en el proceso», expresión esta última que adquiere sentido sólo cuando se pretende establecer una diferencia --o una abierta y franca oposición-- respecto de otra cosa, esto es, de aquello a lo que, por ser distinto, se le quiere equiparar. En otras palabras: sólo si se considera como característica singularizadora de las medidas cautelares el que no pueden --o no deben-- tener de suyo un contenido «similar a lo que se pretenda en el proceso» es concebible pretender que no hay obstáculo a que se acuerden como si de verdad lo fueran actuaciones que, sin ser realmente tales, adopten la fisonomía externa propia de aquéllas: la temporalidad, la provisionalidad, el temperamento condicional, y la variabilidad.

Otra cosa es que esa intelección sea correcta. En efecto, es un lugar común en la dogmática y la práctica jurídicas predicar de toda medida cautelar en sentido propio su «homogeneidad» --esto es, parecido, semejanza o similitud pero no plena identidad--, con las medidas ejecutivas.

Pero si algo es, de verdad, «similar» a «lo que se pretenda en el proceso», y realmente se encuentra guarnecido con los caracteres propios de las medidas cautelares, ¿No es en sí mismo ya una medida cautelar? ¿No parece innecesario destacar que debe someterse al régimen jurídico dispuesto para éstas?

Este especial empeño en igualar o equiparar sólo encuentra alguna explicación desde el pleno convencimiento de que, en el fondo, se introduce una importante salvedad a lo establecido en el art. 726, apdo. 1, y de que lo regulado en este apdo. 2 es otra cosa muy diferentes de aquélla.

Es muy probable que el término «similar» encierre un cierto giro eufemístico, al que acaso se recurre para rehuir la más acre, abrupta e irritante --pero más conforme con lo que en realidad se quiere expresar-- locución de «lo mismo» o «por completo idéntico». Sabido es que la expresión «similar» excluye, por definición, lo que sea distinto de lo pretendido en el proceso principal, pero también lo que sea completamente idéntico. En esta línea argumental, el legislador estaría acudiendo a una perífrasis para decir algo que por cierto sentimiento de pudor no se aventura a manifestar abierta y directamente: que también se pueden pedir y acordar con el calificativo y con el régimen jurídico de las «medidas cautelares» actuaciones propiamente ejecutivas, en un momento procesal en el que quien las solicita sólo ha afirmado un derecho y carece --ahora y acaso siempre-- de título ejecutivo, y frente a quien no ha sido aún --y puede que nunca lo sea-- declarado responsable en una sentencia condenatoria.

OCTAVO.- No es razonable pensar ni sostener que puede enmascarse la intrínseca gravedad y trascendencia que para la esfera jurídica patrimonial y extrapatrimonial de un sujeto pueden tener ciertas actuaciones --señaladamente de suspensión, restricción, o anulación de determinados comportamientos-- si se llevan a cabo con anterioridad o en los albores de un proceso de declaración --pero que son legítimas e incontestables cuando están precedidas de un título ejecutivo ordinariamente irreformable--, por el solo hecho de

que forzosamente se les asigne un pretendido carácter temporal, provisional, condicionado y variable que, en último término, puede resultar más aparente que real.

Piénsese que también la condena postulada puede ser esencialmente «temporal» si se refiere a una época o instante concretos -- y, en consecuencia, no es carácter exclusivo de la medida previa--: v. gr., que se impida la retransmisión televisiva o radiofónica de un determinado evento; la distribución de ejemplares de un periódico o de una revista; etc. Y también son «condicionales» las actuaciones ejecutivas que, en virtud de la llamada ejecución provisional, se realizan cuando la sentencia no ha adquirido firmeza, en cuanto potencialmente revocable como resultado del recurso pendiente.

Es indiscutible que existen ciertas situaciones jurídicas que no pueden ser adecuadamente tuteladas si hasta la obtención del correspondiente título debe mediar el tiempo que comúnmente invierte en su tramitación el proceso ordinario de declaración. Para estos casos, en los que no es ya que el transcurso de ese período pueda dificultar la ejecución de la sentencia estimatoria que eventualmente pueda dictarse --que es el objeto primordial, si no el único, de las medidas cautelares-- sino que es posible que torne ilusorio o vano el pronunciamiento pretendido, y que por lo mismo se consideran acreedoras de una rápida protección, los Ordenamientos de nuestro entorno más próximo, e incluso el nuestro, aunque de forma embrionaria y parcial --fundamentalmente en relación con prestaciones de naturaleza pecuniaria, y no, o no de modo tan cabal y acabado, con las de naturaleza diversa-- han ensayado con éxito mecanismos de «tutela sumaria». En nuestro Derecho pertenecen a esta categoría el llamado «proceso de ejecución de títulos extrajudiciales»; el proceso de ejecución hipotecaria; el proceso monitorio; el proceso cambiario; la tutela de derechos reales inscritos (art. 250, apdo. 1, núm. 7.º); los procesos de protección posesoria (art. 250, apdo. 1, núms. 3.º, 4.º, 5.º y 6.º); los procesos de desahucio por falta de pago (art. 250, apdo. 1, núm. 1.º), y los procesos para la recuperación de cosas cedidas en arrendamiento financiero o vendidas a plazos (art. 250, apdo. 1, núms. 10.º y 11.º), en los que la sentencia que recae carece de fuerza de cosa juzgada material (art. 447, apdo. 2)..

Se designan con la expresión «tutela sumaria» figuras caracterizadas por las siguientes notas:

1.- Son fórmulas de protección ágil y de presente, con las que se actúa hic et nunc, de modo inmediato y directo, sobre el patrimonio de quien se afirma obligado;

2.- Aunque sumarias --y por ende revisables en un eventual proceso de declaración ordinario--, son actuaciones con vocación de permanencia y sustituyen --aunque de modo provisional--, al proceso ordinario de declaración;

3.- Por estar orientadas más a «ejecutar» lo que no ha sido previamente juzgado y decidido --aunque la cognición no esté completamente excluida-- que a juzgar y decidir acerca de los derechos materiales de los sujetos concernidos, se autoriza únicamente al sujeto pasivo una defensa limitada, durante un breve período de tiempo, y con posibilidades de alegación y prueba asimismo restringidas;

4.- Por ser auténtica tutela principal, aunque provisoria, la actuación de que se trate no precisa como regla, cualquiera que sea su alcance o extensión, de la previa prestación de cauciones;

5.- Porque el objeto y la finalidad de la «tutela sumaria» no coincide con el de la «tutela ordinaria», y porque en aquélla no hay que dilucidar a título principal acerca de la existencia de ésta, no hay demasiado riesgo de perjuicio aun en el caso de que conozca del eventual proceso ordinario de declaración el mismo Juez ante quien se solicitó y dispuso la tutela sumaria.

En cambio, las medidas cautelares:

1.- Son mecanismos de protección diferida. No pretenden tutelar ahora --proporcionar lo mismo o más de lo que se pretende obtener en el proceso de declaración--, sino sólo conservar el «statu quo», o garantizar que podrá actuarse después el derecho a la tutela que eventualmente pueda reconocerse;

2.- Son intrínsecamente temporales, provisionales y condicionadas por la pendencia, actual o inminente, de un proceso de declaración. En cuanto íntimamente dependientes y vinculadas a éste no pueden prescindir de él ni, menos aún, reemplazarlo.

3.- Son modificables si varían las circunstancias existentes en el momento de su adopción inicial;

4.- La «cognición» se encuentra asimismo limitada, pero por razones diversas. No se trata de decidir sobre la petición de tutela, sino sólo sobre la concurrencia de los presupuestos que las condicionan: la apariencia de derecho en el solicitante y el peligro de que la tardanza comprometa el futuro --y contingente-- reconocimiento del derecho;

5.- Por ser medios de garantía condicional su adopción precisa la prestación de una caución.

No se comprende con facilidad por qué si el instituto de la tutela sumaria es conocido en nuestro Derecho no se adopta directamente este modelo para conseguir una protección inmediata de los derechos, cuando no puede dilatarse en el tiempo, y se prefiere acudir al régimen jurídico propio de las medidas cautelares, aunque haya que alterarlo --hasta casi desfigurarlo-- y provocar antinomias prácticamente insalvables.

Configurar y disciplinar normativamente como medida cautelar un instrumento que proporcione al actor sustancialmente la misma tutela que aspira a obtener en el proceso declarativo al que formalmente se subordina, aunque se predique formalmente de aquélla la interinidad o la «vicariedad», desfigura los contornos de ambos institutos, y especialmente la instrumentalidad intrínseca a las medidas cautelares en sentido propio.

No se trata de una mera cuestión terminológica. En tanto las genuinas cautelas --de naturaleza y finalidad meramente asegurativa--, por definición, se vinculan insoslayablemente con el proceso cuyos resultados prácticos pretende garantizar, y permiten diferenciar nítidamente el objeto de unas y otras, las denominadas medidas anticipatorias metodizan y ordenan interinamente una relación jurídica dada durante la pendencia del proceso de declaración y proporcionan, en realidad, un verdadero título ejecutivo, aunque potencialmente claudicante.

La comunidad de designio puede determinar dos efectos perversos: a) la predisposición a duplicar el debate o a convertir el proceso principal en una especie de instancia revisora de la resolución dictada en el incidente de medidas, lo que es singularmente advertible respecto de las solicitudes que se deduzcan en la propia demanda o junto con ella; y b) la propensión a dotar a las medidas cautelares de una sustantividad específica, pues actúan un derecho sin haber sido declarado y reconocido a favor del solicitante. Y aunque la norma disponga la necesidad de promover el proceso ordinario, el vínculo de aquéllas con éste ya no manifiesta la misma inexorabilidad ontológica que presenta cuando las medidas son meramente asegurativas, sino que aparece materialmente revestido de las notas de accesoria o contingencia y tanto daría confiar a cualquiera de los interesados la decisión sobre la conveniencia o necesidad real de iniciarlo, configurando la interposición de la demanda como facultativa o potestativa.

Afirmar la existencia de instrumentalidad y, en consecuencia, de medidas cautelares, por el solo hecho de que legalmente se imponga la interposición de la demanda declarativa ordinaria comporta, en nuestro criterio, una cierta confusión conceptual de la causa con el efecto. Cuando la protección dispensada carece por sí misma de aptitud satisfactiva del derecho controvertido difícilmente puede, ni aun por voluntad de los interesados, convertirse en definitiva. La consecuencia de que el derecho se encuentre aún precisado de una declaración formal de su existencia y necesitado de actuación, conduce ineluctablemente a que la norma ordene promover el proceso ordinario.

Diversamente, cuando más que garantizar el éxito, la eficacia y cumplimiento ulteriores de una sentencia futura --por el riesgo de que después (arg. ex art. 728) --no, en cambio, si el evento determinante de la frustración ya ha acaecido--, no resulte posible--, se protege urgentemente e «in actu» el derecho contenido de igual manera y con actuaciones idénticas a las ejecutivas que correspondería decretar tras la sentencia» --con las que se conjura no ya el mero peligro de insatisfacción posterior, sino una infracción jurídica actual--, la tutela dispensada es apta, de suyo, para ser definitiva y poner término al conflicto intersubjetivo de que se trate. Desde esta perspectiva, la temporalidad, accidentalidad o subordinación con que se la califique o que le confiera un precepto legal que imponga la obligatoriedad de sustanciar el proceso de declaración, se nos antoja un tanto desviada y artificiosa.

NOVENO.- Si en la rúbrica del art. 727 del Anteproyecto eran dos los presupuestos esenciales de las medidas cautelares: la apariencia de buen derecho en el solicitante y la prestación por éste de caución suficiente, la LEC 1/2000 EDL 2000/77463 ha incorporado al inicio de la rúbrica del art. 728 una mención explícita al «Peligro por la mora procesal».

A) «Periculum in mora»: Más que de un verdadero presupuesto, la causa y fundamento últimos que amparan la adopción de cualesquiera medidas cautelares radica, precisamente, en el peligro «de retardo»; esto es, la existencia de potenciales riesgos que amenacen y hagan actualmente incierta la efectividad de un futuro pronunciamiento contrario a quien ocupa la posición del sujeto pasivo en el proceso principal. Aunque siempre está implícito --y debe ser sobreentendido--, el art. 728, apdo. 1 impone al peticionario la justificación precisa de que «...en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria» (art. 728, apdo. 1 in fine).

La necesidad de preparar anticipadamente la ejecución, aun impropia, deriva --y en ello coincide prácticamente toda la doctrina científica--, del tiempo que necesariamente ha de invertirse en el desarrollo del proceso de declaración a través del cual se pretenda el reconocimiento del derecho a la tutela concreta que a través de él se postule, y del no tan necesario que puede transcurrir en anómalas prolongaciones de su curso, como sazón propicia para que de forma natural o inducida, sobrevengan circunstancias que la dificulten o impidan.

La concreta formulación legal grava al peticionario con la carga de alegar y probar las circunstancias de las que infiera fundadamente la inminencia de un peligro para la efectividad de la sentencia estimatoria impetrada, y la identificación individualizada del riesgo concreto que entienda se puede cernir sobre la efectividad del pronunciamiento postulado, pues en función de unas y otro es como ha de juzgarse la idoneidad de la singular medida solicitada (726, apdo. 1, 1.ª).

Ni basta con el empleo de fórmulas estereotipadas que reproduzcan con mayor o menor fidelidad la dicción del precepto legal, ni, en principio, se autoriza el recurso a las medidas para conjurar peligros actuales o riesgos ya actualizados, sino únicamente, respecto de «situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente» (art. 726, apdo. 1, 1.ª y 728, apdo. 1).

No obstante, parece separarse la Ley de esta regla al autorizar, asimismo, la solicitud y adopción de medidas cautelares como reacción frente a situaciones de hecho ya producidas, con el límite --un tanto difuso e inconcreto-- de que no «se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo...». En nuestro criterio, en cuanto permite actuar sobre una situación actual dada se aparta de la finalidad que a las medidas cautelares asignan los arts. 721, apdo. 1; 726, apdo. 1, 1.ª; 727, 11.ª y 728, apdo. 1 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 : «... exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente». De otra parte, otorga un amplio margen de discrecionalidad en punto a determinar ad casum cuándo ha transcurrido «largo tiempo».

Este último es un standard indeterminado susceptible de una concreción jurisdiccional plural y, por ende, potencial germen de un elevado grado de inseguridad jurídica. Vide AAP de Barcelona, Secc. 15.ª, de 20 de diciembre de 1996: «En la valoración del periculum incide la tolerancia de la propia parte cuando no se justifica razonablemente la causa por la que no interpuso con anterioridad la demanda, ni la aparición de circunstancias nuevas que conviertan en urgente una tutela que anteriormente la propia actora no consideró como tal ya que, aun cuando la prolongada tolerancia de la actora ante la situación hoy alegada -que se desprende de lo hasta ahora actuado y sin perjuicio de lo que resulte del examen de fondo de la controversia- no descarta el peligro en la demora, sí es determinante para concluir que el derecho de la actora pierde aquella urgencia precisa para la tutela cautelar impetrada».

Aunque se enuncia el «periculum in mora» en su formulación tradicional, en cuanto se admiten medidas de protección actual de los derechos litigiosos también cabe identificar éste con el mero estado de insatisfacción subjetiva que genera en el demandante la imposibilidad de obtener *hic et nunc* el reconocimiento del derecho. Así, acaso bastará con que pueda «constatarse un hecho inicial de infracción» --Vid., A.A.P. de Barcelona, de 27 de septiembre de 1989 («Rev. Gral. Der.», 1990, pág. 1727); 20 de diciembre de 1989 («Rev. Gral. Der.», 1990, pág. 1727); y 24 de julio de 1990 («Rev. Gral. Der.», 1991, pág. 1785)--, o una situación de ilicitud que pueda perdurar para, sin riesgo alguno que amenace realmente la efectividad futura del pronunciamiento definitivo, reconocer interinamente el derecho enjuiciado anticipando los efectos de la ejecución. En este sentido, el A.A.P. de Barcelona, de 24 de mayo de 1990, señaló que: «...en el presente caso nos hallamos ante un supuesto en que el transcurso del tiempo no dificultará la ejecución de la sentencia que haya de dictarse, pero, en cambio, se seguiría grave daño del retraso en su ejecución, puesto que, de no adoptarse ahora medida alguna que impida la continuación de la comunicación pública no autorizada se permitiría que a medio de una actuación que *prima facie* aparece como antijurídica se siguiera vulnerando el derecho moral del autor hasta tanto recaiga sentencia firme, lesión no susceptible de reparación por más que llegara a abonarse la contraprestación patrimonial correspondiente...».

En función de cuáles sean los peligros que se pretende conjurar resultará procedente una u otra medida, debiendo preferirse entre las de naturaleza análoga --prevención frente a riesgos de índole semejante-- las menos gravosas para el sujeto pasivo (art. 721, apdo. 2 y 726, apdo. 1, 2.ª) con el propósito de salvaguardar el equilibrio de los intereses encontrados del solicitante y del sujeto pasivo.

De las distintas opciones teóricamente posibles, la LEC EDL 2000/77463 se inclina por un sistema abierto, de concreción jurisdiccional en ejercicio de uso de su discrecionalidad --prudente arbitrio reglado--. Al no enunciarse las circunstancias que configuran esos peligros, en último término será el Juez quien habrá de determinar si de los hechos alegados y acreditados puede concluir su existencia real en concreta referencia al cumplimiento que se trate de garantizar.

No obstante, la doctrina ha concretado, con carácter enunciativo, algunos riesgos. Serían éstos, entre otros: la puesta en el mercado de productos o servicios alternativos que desvíen o sustraigan la clientela; el potencial desprestigio de los productos o servicios protegidos por el derecho de exclusiva, por las deficiencias atribuibles a los productos y servicios elaborados o distribuidos por el infractor; la saturación (o agotamiento) del mercado por el infractor; el peligro de ulteriores vulneraciones del derecho por obra de terceros; la corta vida del producto o servicio protegido por el derecho de exclusiva; la finalización próxima de la vigencia del derecho de exclusiva o de la pérdida de capacidad distintiva o atractivo del signo infringido; la desaparición de la empresa del demandante debido a la competencia pretendidamente infractora; la distribución de productos infractores; la desaparición por el sujeto pasivo de los instrumentos mediante los cuales se lleve a cabo la infracción, etc.

DECIMO.- B) Apariencia de buen derecho

En cuanto --al menos, en buena técnica-- preordenadas a asegurar en el futuro la efectividad del fallo interesado a través de la demanda rectora del proceso principal, que se quiere favorable para el solicitante de las medidas, presupuesto toral de éstas es que aparezca indiciado, siquiera sea de forma semiplena, que el derecho afirmado en el juicio por el peticionario de la tutela cautelar goza de alguna probabilidad de ser finalmente acogida. Las SS.A.P. de Barcelona, Secc. 15.ª, de 24 de mayo de 1990 y de 30 de abril de 1991, se refieren, respectivamente, a la «probabilidad cualificada de triunfo de la pretensión de fondo», y a la «razonable perspectiva de éxito».

Como se cuida de precisar el A.A.P. de Barcelona, Secc. 13.ª, de 7 de octubre de 1992 (Pte.: Ilmo. Sr. Ferrer Mora), esta apariencia de buen derecho «no puede confundirse con la razón última que permita sancionarlo, ya que la medida cautelar no ha de requerir un estudio minucioso y detallado de todos y cada uno de los elementos exigibles para decidir en último término acerca de la pretensión de la demanda, a menos de correr el riesgo de prejuzgar o anticipar el fallo...».

El solicitante debe proporcionar al órgano jurisdiccional elementos bastantes de los que resulte, al menos *prima facie*, la «verosímil existencia del derecho alegado», sin perjuicio de relegar al proceso principal la demostración cumplida de su realidad. Para cohonestar la exigencia de celeridad --y consecuente eficacia-- con evitación de potenciales abusos, se requiere algo más que la mera alegación del derecho, suficiente, en cambio, para iniciar el proceso de declaración; y algo menos que la certeza rigurosa, necesaria, empero, para la sentencia definitiva.

En este sentido, la S.A.P. de Bizkaia, de 12 de mayo de 1994 refiere la necesidad de «una justificación de que se ostenta una apariencia de derecho, un "fumus boni iuris", que permita dar crédito inicialmente a la pretensión de aseguramiento...».

El art. 728, apdo. 2 obliga al solicitante a «presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios».

La intensidad del acreditamiento ha de ser proporcionada a la índole, características y, en especial, al alcance de las medidas solicitadas. En todo caso, su límite superior ha de situarse, so pena de desvirtuar la utilidad y función del instituto, en el punto en que pueda presumirse vehementemente que la pretensión principal del pleito será acogida en la sentencia que le ponga fin, reservando la determinación del derecho con mayor grado de certidumbre al proceso principal.

DÉCIMO PRIMERO.- C) Caución

Con el término caución, en sentido amplio, se designa cualquier garantía de contenido económico constituida para asegurar una obligación pecuniaria. Atendiendo al origen y función concretas de esta prestación y al sujeto eventualmente responsable de su cumplimiento, la caución puede, sin merma de sus caracteres objetivos, desempeñar distintas finalidades. Así, puede ser una forma de tutela cautelar específica, si se ordena a garantizar la obligación pecuniaria que se afirme pesa sobre el sujeto pasivo y si ese crédito es, además, el objeto de la acción ejercitada en el proceso principal; o genérica, cuando siendo otro el contenido de la prestación del sujeto pasivo, su eventual inobservancia se resolverá en definitiva en una obligación resarcitoria. En este caso, puede ser originaria --

cuando se insta con carácter principal por el sedicente acreedor-- o sustitutoria --cuando se ofrece por el sujeto pasivo como subrogado de una medida específica de contenido diverso--.

Pero la caución también puede desempeñar otra función de garantía, si el crédito pecuniario que con ella se pretende asegurar no es el que afirme ostentar el actor del proceso principal, sino el que potencialmente puede nacer en la esfera jurídica del sujeto pasivo de la tutela cautelar con motivo u ocasión de adoptarse alguna medida contra él. Éstas, en cuanto actuaciones restrictivas de la aptitud ordinaria del sujeto, acaso impuestas por medios coercitivos y acordadas en virtud de meras apariencias, son potencial origen de daños para el afectado, si ulteriormente se revelan exageradas, innecesarias o infundadas. La caución asegura así la reparación de los menoscabos injustos que en tal caso puede experimentar el sujeto pasivo.

La responsabilidad por la causación de estos eventuales agravios acostumbra a ponerse exclusivamente a cargo del solicitante de la tutela cautelar --aun cuando sea beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita--, al ser él quien en último término resulta beneficiado por su adopción. Al igual que en el derecho vigente, así se declara genérica pero terminantemente en el art. 721, apdo. 1: «Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del tribunal... la adopción de las medidas cautelares...». La STC 202/1987, de 17 de diciembre (Supl. al «B.O.E.» de 8 de enero de 1988): «... Más relación tiene con el derecho constitucional a la tutela efectiva el segundo motivo que se alega, referido a la cuantía de la caución o fianza señalada por el Juez para acordar la anotación preventiva de la demanda. Se dice por el recurrente que no es razonable exigir a un litigante, con derecho de justicia gratuita reconocido, la prestación de una fianza de 25.000.000 ptas., porque hace inútil e impide el ejercicio de su derecho (...) Eliminada, pues, la tesis de la extensión del beneficio de justicia gratuita a la exigencia de fianza, y circunscrito el problema a la jurisdicción civil y a las relaciones inter privados, cobra todo su interés el recurso de lo antes dicho acerca de la naturaleza de la anotación preventiva de demanda y la consiguiente facultad judicial de exigencia de caución para acordarla (...) En efecto, según todo lo expuesto, no puede decir esa parte que su derecho al proceso le ha sido impedido por el auto en cuestión. Lo que dicha resolución le ha suspendido -no impedido- es la constatación registral de una petición accesoria del derecho principal y material que ejercita en el proceso en el que esa petición se formula, proceso que sigue sus trámites y en el que se decidirá en consecuencia. La anotación preventiva de su demanda no afecta al fondo de su derecho, respecto del cual se dará respuesta en sentencia. La anotación es sólo una garantía de la ejecución, en su caso, y la vicisitud positiva o negativa de su acuerdo no impide el ejercicio del derecho principal, aunque la negativa pueda significar un inconveniente o una mayor dificultad de ejecución. Pero esa dificultad hipotética es también la que pueda afectar a la parte demandada, a quien la Ley protege también con la fijación y exigencia, en su caso, de la fianza. No puede, pues, considerarse que en este contraste de intereses privados distintos se vulnere la tutela judicial por condicionar a una fianza, cuya adecuación se razona por el Juez, la concesión de una petición accesoria de garantía que ha de alcanzar (la garantía) a las dos partes enfrentadas, y que en modo alguno impide que el proceso siga su curso».

En la LEC 1/2000 EDL 2000/77463 la caución reviste una doble caracterización. El ofrecimiento de esta garantía constituye requisito sine qua non de la regularidad de la solicitud, como evidencia el art. 732, apdo. 3: «en el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución, especificando de que tipo o tipos se ofrece constituir la y con justificación del importe que se propone». Y es, también y sobre todo, presupuesto de su concesión, como se desprende de la concluyente dicción del art. 728, apdo. 3: «Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado».

A su vez, se configura como condición de la efectividad de las medidas acordadas al disponer el art. 737, párrafo primero, que «La prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada».

No se trata, empero, de un presupuesto absolutamente independiente, sino complementario de los otros dos ya examinados. Su solo ofrecimiento no excusa la acreditación de la apariencia de buen derecho ni la justificación de la necesidad de las medidas para posibilitar la efectividad de la resolución concretamente postulada en el proceso principal, como se desprende de las expresiones «Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica... situaciones que impidieren o dificultaren...» del art. 728, apdo. 1; «el solicitante... también habrá de presentar...», con la que se inicia el art. 728, apdo. 2; y «La solicitud de medidas cautelares se formulará..., justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción», del art. 732, apdo. 1.

En rigor, pues, la caución no sufre por sí misma la absoluta falta de robustez de las justificaciones ofrecidas para acreditar la concurrencia del peligro de retardo y de la apariencia de buen derecho. A la inversa, la demostración de estos extremos no libera de la obligación de constituir la caución.

No obstante, la delimitación de su índole y alcance cuantitativo se ven imperativamente condicionados por el juicio que merezca el vigor o firmeza de aquéllos. En este sentido, el art. 728, apdo. 3, párr. segundo previene que «el tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice... sobre el fundamento de la solicitud de la medida».

En todo caso, consideramos que el principal criterio rector en la fijación de la garantía por el órgano jurisdiccional ha de ser el montante probable a que puedan ascender los perjuicios que las medidas puedan infligir al sujeto pasivo, poniéndose al cuidado de aquél la fijación de una garantía conveniente y proporcionada. Así resulta, expresamente, del art. 737, párrafo segundo: «El tribunal decidirá, mediante providencia, sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la caución».

La LEC 1/2000 EDL 2000/77463 excluye apriorísticamente por su clase algunas formas de garantía: v. gr., la hipotecaria, la pignoraticia, etc. La preferencia por unos modos determinados sobre los demás responde al propósito de dar efectivo cumplimiento a la previsión, contenida en el art. 728, apdo. 1 de que la eventual exacción del resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de la adopción indebida de las medidas pueda tener lugar «...de manera rápida y efectiva...». Así, por la novedosa remisión del art. 728, apdo. 3, párrafo segundo, al párrafo segundo del apartado tercero del art. 529, relativo a la ejecución provisional, se autoriza la prestación a través de dinero efectivo, o «mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento por entidad de crédito o

sociedad de garantía recíproca», y, en general, «por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate».

DÉCIMO SEGUNDO.- Más en concreto, es preciso significar que como se ha dicho con acierto, las funciones jurisdiccionales de declaración y ejecución pueden resultar insuficientes para satisfacer materialmente las pretensiones de tutela que se dirijan a los órganos jurisdiccionales, si algún obstáculo se interpone, con o sin intervención voluntaria, consciente y deliberada de alguno de los litigantes. La tutela, pues, puede no alcanzarse de modo completo -y en muchos casos no se puede lograr siquiera una satisfacción parcial o incompleta-, con los procesos tradicionales de declaración y ejecución, lo cual podría llegar a menoscabar el derecho a una tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 de la Constitución EDL 1978/3879 .

A paliar tales deficiencias, en gran medida motivadas por la dilación en el tiempo que aquellos procesos comportan, tiempo que, por su mero transcurso o por que, con ocasión de él se propicia la actividad aviesa del demandado o de un tercero, puede hacer inútil la resolución que se dicte en el proceso de declaración a los actos ejecutivos practicados en el proceso de ejecución, se encamina la llamada tutela cautelar, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento efectivo de la función declarativa, con objeto de evitar el menoscabo de aquel derecho fundamental de méritos, ya que, como se cuida de precisar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992 : «...la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso...».

DÉCIMO TERCERO.- A su vez, las anotaciones preventivas son, por disposición explícita del artículo 41 Reglamento Hipotecario (, 642), una de las clases de asientos que se practican en los libros de un registro, junto con los asientos de presentación, las inscripciones propiamente dichas, sean extensas o concisas, principales o de referencia, las cancelaciones y las notas marginales.

La doctrina no se muestra pacífica en punto a ofrecer un concepto de estos asientos, habida cuenta de no ser unitaria la finalidad ni la utilidad de aquéllos, dada la numerosa variedad de las anotaciones preventivas como revela el tenor literal del artículo 42 de la Ley Hipotecaria que las enumera al decir en el número 10 ...el que en cualquiera otro caso tuviese derecho a exigir anotación preventiva conforme a lo dispuesto en ésta o en otra Ley.

Para la dogmática hipotecarista se trata de «...un asiento principal, provisional, y en general positivo, que se practica en los libros de inscripciones y que tiene por objeto asegurar las resultas de un juicio, garantizar un derecho perfecto, pero no consumado, o preparar un asiento definitivo...». El Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de diciembre de 1974 define la anotación preventiva como: «...una medida cautelar que tiene por finalidad asegurar que cuando recaiga una sentencia condenatoria, ésta pueda ejecutarse en iguales circunstancias que cuando se inició la instancia judicial...».

La referencia al derecho perfecto pero no consolidado sugiere la idea de que aún no estamos ante verdaderos derechos reales, pues en caso contrario accederían al Registro, sino ante derechos que tienen naturaleza de derechos de crédito. Pues bien, la variedad de anotaciones permite apreciar casos como la anotación de suspensión de un derecho real por defectos subsanables. Y la misma referencia al derecho real perfecto pero no consumado, quiebra en el caso del usufructo condicional, que en nuestro derecho es objeto de inscripción propiamente dicha.

La referencia a asiento provisional también puede quebrar o por lo menos no ser aplicable sólo a las anotaciones, ni sugerir la idea de temporalidad, porque ésta también es predicable de asientos de inscripción de derechos reales cuando éstos son temporales como el usufructo pactado por determinado número de años.

DÉCIMO CUARTO.- Como caracteres propios de las anotaciones preventivas se suelen enumerar la temporalidad, la provisionalidad y la accesoriedad, pero al respecto debe señalarse que la temporalidad, esto es, la sumisión del asiento a un plazo de caducidad, acompaña a todas las anotaciones preventivas, pero debe estimarse referida sólo a la eficacia inherente a la publicidad, puesto que al caducarse la anotación no necesariamente ésta afectará al derecho que es absolutamente separable de la anotación aunque puede ser defendido por la publicidad registral.

La doctrina civilista, con ocasión del análisis de la provisionalidad, niega que se trate de una carácter de las anotaciones preventivas porque no debe confundirse temporalidad con provisionalidad y porque, sobre todo, son muchos los supuestos en que la anotación preventiva se convierte en inscripción. Decir que una anotación es asiento accesorio que se concatena con otro al que comunicará su substancia tampoco puede admitirse, puesto que se trata de asientos principales, del mismo rango, aunque no produzcan los mismos efectos que las inscripciones propiamente dichas.

La aplicación de los principios hipotecarios a las anotaciones preventivas están en función también de su variedad, aunque pueden predicarse de todas: el efecto negativo de la fe pública registral, pues ésta queda enervada; no así el efecto positivo de la fe pública, puesto que los adquirentes sólo son mantenidos en su adquisición si el derecho existía en la realidad jurídica. Si el transmitente de derecho hereditario no es heredero, no por eso se convierte el adquirente de buena fe en heredero (el anotante es tercero hipotecario). Ni, tampoco, producen el efecto legitimador del artículo 38 L.H. .

La mayoría de anotaciones permiten al titular de los bienes enajenarlos por aplicación de lo dispuesto en el artículo 71 L.H. -...los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación...-, pero hay casos en que esta posibilidad desaparece, al menos temporalmente, como veremos que sucede con las prohibiciones de disponer. Todas las anotaciones tienen vocación de caducar o convertirse en inscripciones dando lugar a asientos definitivos. Sin impedir, por tanto, el tráfico de los bienes litigiosos afectados en el sentido limitado ya señalado, lo que garantiza y asegura es la retroacción de los pronunciamientos de la sentencia dictada. Sentencias del Tribunal Supremo, como las 22 de abril de 1952 (y), y la de 20 de enero de 1976 resaltan este efecto principal de asegurar la retroacción. En el mismo sentido, las resoluciones de la D.G.R.N. del 21 de diciembre de 1925 y de 4 de julio de 1949, caracterizan a la anotación preventiva de demanda como una verdadera carga o gravamen registrados.

Según el artículo 86, la anotación, cualquiera que sea su origen, caducará a los cuatro años de su fecha, salvo aquellas que tengan señalado por la Ley un plazo más breve. Cabe prórrogas a instancias de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, siempre que la prórroga sea anotada antes de caducar el asiento.

Son casos especiales de caducidad: Legatarios (artículo 87), al año; de créditos refraccionarios (artículo 92), a los 60 días; de defectos subsanables (artículo 95), a los 60 días; en favor de los acreedores de una herencia, al año del pago o cuando se acredite éste (artículo 206 del Reglamento (, 642)); además de las previstas en numerosas Leyes especiales.

DÉCIMO QUINTO.- El art. 42 de la Ley Hipotecaria previene que: «...Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: 1.º El que demandara en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real (.) 2.º El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el número cuarto del art. 2.º de esta Ley (referidas a incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualquiera otra por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto la libre disposición de sus bienes)...».

Doctrina y jurisprudencia han venido desde antiguo flexibilizando el objeto material de esta medida cautelar para acabar permitiendo el acceso al Registro de toda demanda que pueda afectar a situaciones jurídicas inmobiliarias inscritas o inscribibles. El Auto de la Audiencia Territorial de Barcelona de 16 de abril de 1973 recoge este principio concluyendo que: ...la medida podrá solicitarse y ser acordada en casos distintos a los específicamente enunciados, siempre y cuando los derechos que se ejerciten y hagan jugar tengan una cierta posibilidad de implicar una mutación jurídico-inmobiliaria...

Dicho de otro modo, la demanda deberá de tener, en caso de ser estimada, alguna repercusión de carácter registral, bien se trate de acciones reales o personales, constitutivas o meramente declarativas. De lo anterior se infiere que no es preciso que el bien afectado por la medida esté inscrito en el Registro. Esta tajante afirmación debe sin embargo ser matizada, pues cuando en efecto cabe lo dicho, ello no es la norma sino la excepción y en cualquier caso lo que sí debe contener la demanda es una trascendencia registral. De aquí que si el bien no está inscrito y la resolución no tiene vocación registral la medida, por absurda e inútil, no puede ser acordada. La propia legislación hipotecaria prevé hipótesis en las que cabe anotar demandas referentes a bienes no inscritos: el art. 73-3º de la Ley Hipotecaria, el 39 del Reglamento de Hipoteca Mobiliaria (, 1231), el 150 del Reglamento del Registro Civil (, 2122 y) y el 82 del Reglamento del Registro Mercantil .

La posibilidad de anotación de las demandas en la que se ejercita acción personal es hoy comúnmente admitida. Las pocas veces que ha sido resuelta negativamente esta opción (así Auto de la Audiencia Territorial de Barcelona de 4 de mayo de 1963 o de 28 de junio de 1972) la razón de ello, aunque no expresada, fue la falta del principio de prueba exigible o la falta de trascendencia registral del objeto de la demanda. De nuevo por lo tanto se vuelve al eje central de la admisibilidad de esta medida cautelar que recoge con suma sencillez el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de diciembre de 1989: ...la naturaleza real que debe revestir la solicitud de anotación preventiva de demanda hay que deducirla más que de la clase de acción que se ejercita, de las consecuencias reales que lleva implícita su procedencia.... (En el mismo sentido la Dirección General de los Registros y el Notariado en resoluciones como las de 29 de marzo de 1954, 13 de febrero de 1929 y 30 de mayo de 1934 y el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de febrero de 1985). Trascendencia real y registral son la base del marco objetivo de la medida: acciones reales, personales o estrictamente registrales, sean declarativas o constitutivas, pueden tener acceso al registro si concurren sus presupuestos habilitantes.

DÉCIMO SEXTO.- Como todas las anotaciones, las de demanda tienen una vertiente de publicidad. Al practicarse en el Registro entra en el ámbito de éste la existencia de un proceso judicial y avisa a quien acuda al Registro para que tenga en cuenta el litigio en los actos dispositivos de las cosas sobre las que versa. Dentro de los distintos sistemas registrales de publicidad de los procesos, nuestra Ley Hipotecaria se adscribe al sistema de publicidad potestativa de las demandas judiciales a través de la anotación preventiva. Por ello, el artículo 42 de la Ley Hipotecaria dispone: ...Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente... el que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real.... Cuando la dogmática procesalista analiza la naturaleza jurídica de este instituto, distingue los aspectos procesal e hipotecario de la cuestión. En el primer aspecto, nos hallamos ante una genuina medida cautelar, esto es, ante un instrumento que permite asegurar la efectividad de un eventual pronunciamiento favorable respecto de la acción ejercitada en juicio. Como tal medida cautelar, exige que concurren determinados requisitos exigidos por la Ley.

Es menester, en primer término, que el peticionario, que siempre ha de ser el actual demandante -en cuanto que no es admisible la solicitud con anterioridad a la interposición de la demanda-, invoque un riesgo de ineffectividad del pronunciamiento favorable que impetra del órgano jurisdiccional (...periculum in mora...) que con la medida se pretende conjurar de forma idónea. En segundo lugar, se precisa que el solicitante acredite, siquiera sea prima facie, la existencia de una apariencia de bien derecho a su favor (...fumus boni iuris...), y, en concreto, a través de lo que se conoce como ...principio de prueba por escrito.... En este sentido, el párrafo primero del artículo 43 L.H . dispone: ...En el caso del número primero del artículo anterior, no podrá hacerse anotación preventiva sino cuando se ordene por providencia judicial, dictada a instancia de parte legítima y en virtud de documento bastante al prudente arbitrio del Juzgador.

En tercer lugar se requiere también la prestación de fianza, como en las medidas cautelares de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . El artículo 139 del Reglamento Hipotecario (, 642) dispone que ...el que propusiere demanda en los casos del número 1º del artículo 42 de la Ley podrá pedir al mismo tiempo o después, su anotación preventiva, ofreciendo indemnizar los perjuicios que de ella pudieran seguirse para el demandado en caso de ser absuelto, a cuyo efecto el juez podrá exigir caución que estime adecuada. El Juez o Tribunal mandará hacer la anotación, si fuere procedente, al admitir la demanda, y si aquella se pidiese después, en el término del tercer día.... De este texto se desprende la necesidad del ofrecimiento de la caución como presupuesto de la solicitud regular y condición de su eficacia, de modo que no cabe adoptar la medida sin la previa prestación de la fianza.

Finalmente, como requisito específico de la medida cautelar que tratamos, es precisa la existencia de un bien o derecho inscrito que esté incorporado al Registro de la Propiedad y que la demanda deba tener transcendencia registral.

En todo caso, debe subrayarse que se trata de requisitos complementarios y cumulativos, de modo tal que la prestación de la caución y su importe no pueden suplir la inexistencia de los otros.

DÉCIMO SÉPTIMO.- El problema de las medidas cautelares se resuelve, en definitiva, en una cuestión de prudencia. No cabe dudar, y la propia LEC 1/2000 EDL 2000/77463 reconoce abiertamente, la extraordinaria importancia de las medidas cautelares para una administración eficaz de la justicia. Así pues, argumentos hay más que suficientes que justifican su existencia y que abogan porque se adopten con prontitud y eficacia. E incluso que cabe reconocer al actor un derecho "a obtener medidas cautelares incluido dentro del art. 24.1 CE EDL 1978/3879". Incluso desde tiempos recientes, ha quedado claro en la jurisprudencia dimanante del Tribunal Constitucional que existe un derecho a que se adopten medidas cautelares incluido en el haz de derechos en que se descompone el derecho a la «tutela efectiva» que ampara el art. 24.1 CE EDL 1978/3879. Así lo dice el Tribunal Constitucional: "... de este mismo derecho fundamental (el derecho a la tutela del art. 24.1. CE EDL 1978/3879 deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares. La efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso..." (STC 148/1993, de 23 de abril); "... la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso." (STC 14/1992, de 10 de febrero).

Y desde luego, en la comprobación de los presupuestos de los que normativamente se hace depender su adopción se debe conjurar férreamente el peligro, real y frecuente, de que sea en la sede de las medidas cautelares y no el proceso ordinario de declaración el terreno donde de verdad las partes solventen sus controversias.

Esta última afirmación comporta, a criterio de esta Sala, al menos las siguientes consecuencias: A) Al solicitante de las medidas cautelares no se le puede exigir nada más -aunque también nada menos- que una justificación inicial de la existencia aparente derecho que afirma ostentar. Es decir, datos o argumentos de los que prima facie se desprenda una probabilidad de que existe el derecho material que el actor peticionario alega y de que, eventualmente -con intensidad variable, que puede ser incluso mínima- puede ser reconocido en la sentencia definitiva que recaiga tras la sustanciación del proceso de declaración. No es admisible, bajo ningún concepto controvertir en sede de medidas cautelares acerca de la existencia o subsistencia efectiva del derecho material aducido por el demandante, porque este es el cometido propio del proceso de declaración, y sí únicamente, de si -conviene insistir- el actor peticionario ha presentado datos o argumentos de los que se desprenda una simple apariencia de que eventualmente puede existir un derecho material con el carácter y la extensión afirmados por aquél.

DÉCIMO OCTAVO.- La parte recurrente parte de una visión desenfocada. Ni puede atribuirse a los pretendidos acuerdos adoptados por una Junta de Magistrados una virtualidad de la que carecen ni, en especial, puede predicarse de los mismos una potencialidad taumaturgica tal que, a la postre, pueda prevalecer incluso sobre la preceptiva normativa. Y es lo cierto que en lugar alguno de la LEC EDL 2000/77463 se autoriza a tener por desistido ni al demandante en un proceso verbal genuino ni al peticionario de medidas cautelares que no comparezca personalmente al acto de la vista o a la comparecencia convocada, respectivamente, si, en cambio, asiste su representación procesal y su director técnico letrado, y ello sin perjuicio de lo que proceda acordar en relación con la prueba de interrogatorio que acaso se pueda interesar respecto del litigante incomparecido.

DÉCIMO NOVENO.- En relación con la impugnación documental, parece desconocer la recurrente que por sí sola tampoco desvirtúa de modo absoluto los documentos a que se refiera.

En relación con la prueba producida mediante documentos privados, una lectura superficial del art. 1.225 C.C EDL 1889/1. -no derogado por la LEC 1/2000 EDL 2000/77463 - propiciaría una valoración de la eficacia probatoria del documento privado tan terminante como simplista: reconocido por la persona a quien perjudica, tendría el mismo valor que el art. 1.218 atribuye al documento público; falto de tal reconocimiento, carecería de todo efecto probatorio.

La respuesta, sin embargo, no es tan elemental: lo primero, no sólo porque el art. 1.218 está sometido a una interpretación jurisprudencial muy restrictiva, casi derogatoria, sino también porque la remisión a él del art. 1.225 ha de ponerse en relación con las limitaciones para terceros del art. 1.227; lo segundo, porque no es cierto que la falta de reconocimiento prive de todo valor al documento privado. Se impone, por ello, como se ha hecho para las cuestiones ya examinadas, más que teorizar, intentar una ordenada y resumida exposición de la doctrina jurisprudencial sobre el particular.

A) Tratándose de un documento privado reconocido, la autenticidad del documento, esto es, la correspondencia entre su autor real y su autor figurado o aparente, es presupuesto que condiciona la eficacia del mismo: si se desconoce su autoría, no es posible referir a sujeto alguno el dato o datos que el documento contiene.

Las desventajas en este particular del documento privado frente al público son bien conocidas: éste es auténtico "per se", por cuanto que la presencia de fedatario público en su otorgamiento garantiza la verdad de su procedencia subjetiva; falto aquél de tal mediación, carece de esa virtualidad por sí mismo, adquiriéndola tan sólo cuando es reconocido por el sujeto a quien se atribuye o a sus causahabientes: la sentencia de 25 de marzo de 1988 (A. C./564-1988) marca muy bien esta "fundamental diferencia".

El reconocimiento puede ser espontáneo o provocado: el primero se produce cuando la parte a quien perjudica lo anticipa en sus escritos alegatorios: art. 604 LEC EDL 2000/77463; el segundo es provocado por la parte contraria en defecto del anterior. Entre una y otra modalidad existen diferencias no sólo de tiempo y forma, sino también de efecto: la admisión, a más de espontánea, ha de ser expresa, sin que el silencio en los actos de alegación deba valorarse como "ficta confessio"; en cambio, la "resistencia sin justa causa" de otorgante o causahabientes frente al requerimiento de reconocimiento -en los términos diferenciados para uno y otros de los párrafos 1º y 2º del art. 1.226 - puede ser estimada "como una confesión de la autenticidad del documento". En el supuesto excepcional de

aportación fuera del tiempo ordinario, al amparo del art. 506, dispone el art. 508 un traslado específico que posibilita la impugnación de la admisibilidad y legitimidad - autenticidad- del documento en términos que el silencio se valora como conformidad.

Entre las partes, el documento privado admitido o reconocido adquiere la condición de auténtico y queda equiparado al documento público en expresión del art. 1.225 C.C EDL 1889/1 . En la jurisprudencia son frecuentes los pronunciamientos en que se confirma expresamente tal equiparación: por ejemplo en sentencias de 7 de abril de 1986 (A. C./626-1986), 23 de junio de 1987 (A. C./790-1987), 8 de julio de 1988 (A. C./15-1989) y 17 de febrero de 1992 (A. C./615-1992). Esta última define en estos términos el alcance del reconocimiento de firma: «.. lo es de un hecho pretérito y acredita no sólo la intervención y admisión de lo que el documento refiere, sino que también es la prueba endógena de lo que contiene, porque, al integrarse en el documento, lo autentifica en cuanto lo finaliza, cierra y ratifica en lo que expresa».

La equiparación supone, ante todo, que la doctrina jurisprudencial sobre la eficacia probatoria del documento público es trasladable al documento privado, con la importante, casi definitiva, devaluación que comporta respecto de su valor de prueba legal.

Como se recordará, a tenor del art. 1.218 C.C EDL 1889/1 ., hace prueba aquél frente a todos del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste; frente a otorgantes y causahabientes, de las declaraciones hechas por los primeros: lo primero constituye un claro efecto de prueba tasada, sustraído a la apreciación judicial, que sólo desvirtúa la declaración de falsedad en sentencia firme, preferentemente penal; lo segundo expresa un efecto, no tanto probatorio, cuanto sustantivo: el correspondiente al negocio jurídico que las declaraciones acreditadas por el documento pueden entrañar; puesto que éste hace prueba de que las mismas han sido vertidas por unos sujetos, en unas circunstancias y con un contenido determinados, si son de naturaleza negocial, esto es, consisten en declaraciones de voluntad, el precepto les reconoce -con valor presuntivo "iuris tantum"- los efectos correspondientes, desvirtuables únicamente mediante prueba de ser simulados o más genéricamente, de carecer de alguno de los elementos esenciales, subjetivos, objetivos y causales, que condicionan su validez y eficacia. Si consisten en declaraciones de conocimiento, con un contenido meramente confesorio o testimonial, al efecto probatorio de haber sido vertidas no se suma el segundo sustantivo, visto en el caso anterior, pues obviamente el documento no acredita la verdad de los hechos narrados, que aprecia libremente el juez en función de ésta y otras posibles pruebas.

Finalmente, no se refiere el precepto, ni por tanto están comprometidas en el ámbito de la privilegiada eficacia del documento público, las calificaciones o valoraciones que fedatario u otorgantes hayan podido consignar en él, sin perjuicio del valor que el juez pueda discrecionalmente otorgarlas en función de su fundamento y circunstancias.

Pero tan fundado y diáfano régimen legal ha sufrido por parte de la jurisprudencia la importante devaluación que comporta el expediente de la apreciación conjunta de la prueba, que es contrario no sólo a ley y continua siéndolo a pesar de las reformas casacionales que ha propiciado, sino también al derecho fundamental de defensa: según aquélla, la eficacia frente a otorgantes y causahabientes de las declaraciones negociales acreditadas por el documento puede destruirse, no ya mediante impugnación y prueba desvirtuadoras directas, según corresponde frente a toda presunción "iuris tantum", sino a través de la genérica apelación al conjunto de las pruebas practicadas, que prescinde del enjuiciamiento singularizado y contrastando de éstas y, a la postre, del mismo juicio de hecho.

El traslado de este régimen probatorio devaluado es patente, entre otras, en sentencias de 6 de julio de 1989 (A. C./1.039-1989) y 8 de julio de 1988 (A. C./15-1989): así, según ésta, reconocido el documento privado, su veracidad ha de resultar del contraste con otras pruebas; y de su "conjugación con la resultancia general de la prueba", según la sentencia de 1 de marzo de 1983 (T. 1.414). A su vez, la falta de cobertura por el documento privado de apreciaciones o calificaciones subjetivas contenidas en él se consigna, entre otras, en sentencia de 2 de junio de 1987 (A. C./796-1987).

La equiparación "inter partes" documento público-documento privado reconocido sitúa a uno y otro en pie de igualdad probatoria, sin prevalencias apriorísticas del primero sobre el segundo, de modo que la jurisprudencia salva las posibles contradicciones entre ellos en función de la particularidad de cada caso: así la sentencia de 25 de marzo 1988 (A. C./564-1988) atiende a la cuantía del precio y forma de pago en compraventa figurados en documento privado reconocido frente a lo consignado en escritura pública; la sentencia de 14 de junio de 1989 (A. C./948-1989) considera que el documento privado completa en el caso la escritura pública otorgada en la misma fecha y fija los exactos términos del vínculo obligatorio entre las partes; la sentencia de 3 de julio de 1992 (1.207- 1992 /A.C.) prima a documento privado sobre otro público; la sentencia de 31 de diciembre de 1992 (A. C./501-1993) rechaza la preeminencia de borrador sin firma sobre documento público.

Frente a terceros, el evidente riesgo de fraude de que éstos pueden ser objeto justifican que no se extienda al documento privado reconocido el efecto de probar frente a tercero el hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de éste, que los públicos sí producen: únicamente esta última se tendrá por cierta a partir de uno u otro de los eventos que previene el art. 1.227; son ellos, pues, los que aportan una certidumbre cronológica, de datación, que el documento por sí solo no tiene. Pero, fijada la fecha de acuerdo con el precepto, la veracidad del contenido del documento frente a terceros queda sometida a la libre apreciación del juzgador de instancia: sentencia de 3 de marzo de 1990 (A. C./518-1990). Todo ello significa en definitiva que frente a terceros el documento privado por sí solo carece de valor de prueba legal: sentencia de 26 de septiembre de 1991 (A. C./72-1992).

Con frecuencia, los pronunciamientos de la Sala primera se atienen a la literalidad del precepto, datando el documento en la fecha, por ejemplo, de su presentación a Hacienda para liquidación fiscal, o en cualquier otro registro oficial: así en sentencias de 30 de septiembre de 1985 (A. C./72-1986), 26 de octubre de 1985 (A. C./53-1986), 8 de mayo de 1986 (A. C./, 30 de noviembre de 1987 (A. C./187-1988), 13 de diciembre de 1989 (A. C./328-1990), 26 de septiembre de 1991 (A. C./72-1992), etc. Pero tampoco escasean las que se apartan del riguroso condicionamiento del precepto permitiendo que la datación del documento se obtenga de otras posibles fuentes de conocimiento: tales, la sentencia de 25 de enero de 1988 (A. C./312-1988) que, invocando la de 6 de julio de 1982, se atiene, no a la fecha en que había muerto uno de los firmantes del documento, sino a la figurada en éste "corroborada por otros elementos probatorios"; y en parecidos términos se manifiestan las de 9 de julio de 1988 (A. C./898-1986), 6 de marzo de 1990 , 18 de noviembre de 1991 (A.

C./297-1992) y 12 de marzo de 1992 (A. C./851-1992); también la sentencia de 30 de mayo de 1989 (A. C./897-1989) admite otros medios para datar un documento privado, en el caso, no reconocido. Incluso la sentencia de 20 de octubre de 1989 (A. C./160-1990) parece atribuir al art. 1.227 alcance de mera subsidiariedad, al afirmar que opera sólo si no hay otros medios para acreditar la fecha.

DÉCIMO NOVENO.- B) Si el documento no ha sido reconocido el documento privado no adquiere -conforme al diseño legal- la condición de autenticidad y no produce efecto de prueba tasada ni frente a las partes o sus causahabientes ni frente a terceros, pues los mecanismos supletorios de adveración (cotejo de letras u otros idóneos) es claro que conduce a resultados de apreciación por el juez conforme a las reglas de la sana crítica, según corresponde a toda prueba pericial.

Sin embargo, es criterio jurisprudencial unánime que la falta de reconocimiento no le priva de todo valor, pues, de otro modo, según argumento que reitera constantemente la Sala, quedaría en manos de las partes y al servicio de sus privativos intereses la eficacia de tal prueba: la jurisprudencia, superando en este punto las previsiones legales reducidas al cotejo pericial de firmas mencionado, permite que la autenticidad del documento privado quede acreditada por otros medios e incluso que sea obtenida por el juzgador en valoración conjunta del mismo con las restantes pruebas practicadas.

Afirmaciones de que el documento privado produce efecto a pesar de no ser reconocido, o de que el art. 1.225 no impide su relevancia aun no averado, se encuentran en muy numerosas sentencias: 29 de mayo de 1987 (A. C./709-1987), 1 de febrero de 1989 (A. C./456-1989), 16 de noviembre de 1992 (A. C./319-1993), etc. La sentencia de 11 de mayo de 1987 (853-1987) precisa que ha de atenderse a su específico grado de credibilidad; e incluso la sentencia de 29 de octubre de 1992 (A. C./204-1993) exige que sea valorado el no reconocido.

Son correlativamente frecuentes las sentencias que permiten medios distintos del reconocimiento para acreditar la autenticidad del documento privado: sentencias de 12 de julio de 1988 (A. C./903-1988), 30 de noviembre de 1989 (A. C./408-1989), 1 de febrero de 1989, 25 de febrero de 1991 (A. C./441-1991), 6 de febrero de 1992 (A. C./595-1992), llegando a afirmar la sentencia de 5 de junio de 1985 (A. C./768-1986) que opera la falta de reconocimiento cuando debe ser el único medio de autenticación posible en el caso; y la sentencia de 23 de febrero de 1991 (A. C./441-1991) permite que: «... negada la autenticidad de un documento puede la parte a quien interese utilizar cuantos medios de prueba estime adecuados para demostrarla».

Tampoco escasean las sentencias en que la autenticidad es resultado de la apreciación conjunta de la prueba practicada: así en sentencias de 2 de octubre de 1985 (A. C./75-1985), 5 de junio de 1986 (A. C./768-1986), 30 de diciembre de 1988 (A. C./408-1989), 21 de septiembre de 1991 (A. C./122-1992). Justamente, la ausencia de otros elementos probatorios determina la denegación de efecto de prueba para documento no reconocido en sentencias de 17 de febrero de 1992 (A. C./615-1992), 5 de abril de 1987 (A. C./566-1987) y 29 de octubre de 1991 (A. C./337-1992). En algún caso, como el de las sentencias de 4 de marzo de 1987 (A. C./482-1987) y 24 de septiembre de 1990 (A. C./61-1990); el apoyo en que se funda la atribución de eficacia probatoria es tan tenue que se reduce a la falta de impugnación del documento por la parte a quien se atribuye, poniendo de cargo a ésta una iniciativa impugnatoria que contradice abiertamente el diseño legal, en que se reduce su actuación a contestar en sentido afirmativo o negativo al requerimiento de reconocimiento.

En efecto, es incontrovertible y reiterada doctrina jurisprudencial la que estatuye que si, como regla, para la existencia de un documento privado se requiere que lleve la firma del que en el mismo contraiga o reconozca alguna obligación (STS de 24 de febrero de 1949), la falta de reconocimiento del documento no puede provocar su ineficacia a efectos del artículo 1.226 del Código Civil EDL 1889/1 siempre y cuando haya sido averado por cualquiera de los otros medios de prueba (STS de 6 de mayo de 1968); máxime si no se acredita, como acaece en el caso enjuiciado, su inexactitud por cuanto quien alega que el contenido de un documento no es el exacto debe probarlo, por enervar la presunción «iuris tantum» reseñada (STS de 24 de septiembre de 1990). A su vez, respecto a la eficacia o valor probatorio de los documentos privados, la jurisprudencia viene interpretando el artículo 1.225 del Código Civil EDL 1889/1, en el sentido de que, si bien no impone el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado por aquellos a quienes afecta como el único medio de acreditar su legalidad, lo que equivaldría a dejar al exclusivo arbitrio de la parte a quien perjudique la validez y eficacia del documento por ella suscrito, pudiendo, en definitiva, darse la debida relevancia probatoria a un documento privado siempre que en el proceso existan otros elementos de juicio susceptibles de ser valorados junto con aquél, conjugando así su contenido con el resto de la prueba -Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1981, 16 de julio de 1982, 23 de mayo de 1985, 12 de junio de 1986, 30 de diciembre de 1988, 1 de febrero de 1989, 18 de diciembre de 1990 y 6 de febrero de 1992, entre otras-.

VIGÉSIMO.- C) En el régimen de la LEC 1/2000 EDL 2000/77463, la fuerza probatoria de los documentos privados será la misma del documento público, si no hay impugnación (art. 326,1). Si media impugnación, el que lo presentó podrá pedir cotejo de letras, o proponer cualquier otro medio útil y pertinente al efecto. Naturalmente, si de la prueba resulta la autenticidad, hará prueba plena. Y si el resultado del cotejo es la autenticidad, las costas, gastos y derechos que origine el cotejo serán de cargo del impugnante. En cambio, si la impugnación hubiere sido temeraria, el tribunal tiene facultades para imponerle una multa. Cuando no resulte posible concluir la autenticidad, o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica (libre valoración).

Es decir, también puede continuar la constante doctrina jurisprudencial a propósito de que no es que el documento privado no reconocido legalmente carezca en absoluto de valor probatorio, ya que ello supondría tanto como dejar al arbitrio de una parte la eficacia probatoria del documento (SS. de 27 de enero de 1987 y 25 de marzo de 1988). Así, pues, podrá valorarse mediante su apreciación con otros elementos de juicio (S. 12 de junio de 1986), pues en definitiva, los documentos privados, aún impugnados, poseen un valor probatorio deducido de las circunstancias del debate (SS 22 de octubre de 1992 y 10 de febrero de 1995).

VIGÉSIMO PRIMERO.- A su vez y en relación con la prueba de interrogatorio, es preciso recordar que en ningún momento la LEC 1/2000 EDL 2000/77463 configura la antiguamente denominada «ficta confessio» como un deber del órgano jurisdiccional y sí sólo como una potestad de ejercicio discrecional, confiando a su prudente arbitrio la decisión correspondiente, la cual, por lo mismo, y porque en autos no obra elemento alguno que permita resolver lo contrario, es plenamente compartida por esta Sala.

Finalmente, y en relación con la adición que se pretende de que las medidas acordadas lo son «sin perjuicio de tercero» constituye un complemento que, de un lado, debió interesarse por la vía del art. 215 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 , con precedencia inexcusable a la interposición del recurso de apelación, como se desprende de la dicción inequívoca del último inciso del art. 459 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 : «.. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello»; y, de otro, la circunstancia de que dicha fórmula en realidad se revela innecesaria en cuanto, ex deffinitione, ninguna resolución judicial puede desplegar efectos frente a quienes no han sido parte.

En consecuencia se impone el íntegro pericimimiento del recurso interpuesto.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 398 LEC 1/2000 EDL 2000/77463 , no ha lugar a especial pronunciamiento respecto de las costas procesales ocasionadas en esta alzada

Vistos los preceptos legales citados y demás disposiciones normativas de general y pertinente aplicación.

FALLO

En méritos de lo expuesto, la Sala HA DECIDIDO: Con DESESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Álvarez Santos en la representación procesal acreditada en las actuaciones frente al Auto dictado en fecha 11 de septiembre de 2008 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Fuenlabrada (Madrid) en la pieza separada de medidas cautelares seguida ante dicho órgano con el núm. 0891/2007, procede:

1.º CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la expresada resolución.

2.º IMPONER a la parte recurrente vencida la condena al pago de las costas procesales ocasionadas en la sustanciación de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes en forma legal, previniéndoles que contra la misma NO CABE interponer recurso alguno ordinario o extraordinario.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación literal y autenticada al Rollo de Sala núm. 0567/2009, lo pronunciamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370102009200265