

EDJ 2004/88618

AP Cádiz, sec. 1ª, A 2-6-2004, nº 19/2004, rec. 77/2004

Pte: Rfo Fernández, Lorenzo del

Resumen

Es desestimado el recurso de apelación formulado por el solicitante de medidas cautelares. La AP hace referencia a los requisitos que deben cumplir las solicitudes de medidas cautelares, señalando que deben aportarse justificaciones y argumentaciones que establezcan un juicio de probabilidad que permita llegar a un juicio provisional que conduzca a la estimación de la demanda. Por otro lado, declara la Sala que es requisito esencial el ofrecimiento de caución por parte del demandante, cuya omisión, al igual que los otros dos requisitos no es subsanable.

NORMATIVA ESTUDIADA

1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.732 , art.746 , art.747 , art.768

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	1
FALLO	3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MEDIDAS CAUTELARES
PRESUPUESTOS

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Apelación, Medidas cautelares

Legislación

Aplica art.732, art.746, art.747, art.768 de 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó auto el día 19 de diciembre de 2003, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Acuerdo denegar la medida cautelar interesada por la representación de D. Benjamín imponiéndole el pago de las costas causadas por el incidente".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día de la fecha quedando visto para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. LORENZO DEL RÍO FERNÁNDEZ, quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El desarrollo argumental del recurso obliga a esta Sala a analizar, siquiera sea someramente, los dos presupuestos imprescindibles y cuestionados -uno por el actor y otro por el demandado- de las medidas cautelares, a saber la apariencia de buen derecho y la necesaria caución.

Como es sabido, el artículo 728.2 EDL 2000/77463 establece que "el solicitante de medidas cautelares también habrá de 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.

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.

El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 529 EDL 2000/77463 ".

Así, en primer lugar, se alude a la apariencia de buen derecho o "fumus boni iuris", revelador de que la existencia del derecho o interés jurídico afirmadas ha de parecer verosímil, o sea suficiente para que de seguir un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal declarará el derecho en sentido favorable al que solicita la medida cautelar.

Según expone acertadamente la doctrina, no cabe exigir una plena declaración jurídica, pues, en ese caso, el cautelar sustituirá al proceso principal, siendo bastante con el acreditamiento de la apariencia, porque lo contrario repugnaría a la plena contradicción que ha de regir en el proceso a través del que debe deducirse, más allá de toda duda razonable, sobre la juridicidad y eventual relevancia de las afirmaciones parciales; a ello se une el hecho de que, exigir una completa convicción judicial acerca de la juridicidad y, en su caso, relevancia del interés cautelar para poder acordar la medida solicitada, precisaría un tiempo procesal contrario al "periculum in mora", es decir, aparecería la contingencia de un pronunciamiento principal ilusorio e incrementaría el retraso en la obtención de la tutela judicial efectiva.

Estamos, pues, ante un juicio cautelar calificable de juicio de probabilidad o de verosimilitud. Se trata, en definitiva, de que el solicitante aporte los datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar, por parte del juez o tribunal, un juicio provisional favorable al fundamento de su pretensión. Dicha posibilidad es "prima facie" acreditable documentalmente, aunque la LEC EDL 2000/77463 . admite que, en defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios.

Pues bien, en el caso presente es harto dudoso su cumplimiento, sin perjuicio de lo que termine por aclarar y declararse en el juicio principal. De un lado, el juez de primera instancia argumenta que no existe la apariencia de buen derecho para la reclamación de la devolución del bien, pues no consta que el actor haya intervenido en el contrato de compraventa cuya resolución se pretende, habiéndose limitado a ser un mero intermediario o financiador.

De otro lado, se introducen dos tesis bastantes encontradas en autos y no puede darse la apariencia o verosimilitud a la primera expuesta en la litis. Frente a la alegación del actor de que el turismo lo adquirió él para venderlo a la contraparte, se contrarresta en el sentido de que la adquisición fue directa y exclusiva a nombre del actor, si bien luego fue donado sin obligaciones o contraprestaciones a cargo del demandado.

Ante tal dualidad de tesis e interpretaciones del papel del actor en la compra de un vehículo en Alemania, deberá dilucidarse judicialmente en sede del pleito principal, sin que deba priorizarse la apariencia ni prevalencia jurídica de ninguna de ellas a los efectos del dictado de medida cautelar.

SEGUNDO.- Debe señalarse, en segundo lugar, que la parte demandada y apelada llama la atención sobre defectos formales, alegados en la vista celebrada en su momento, que impedían la adopción de la medida cautelar; en concreto, que no se ofreció con la solicitud inicial caución de ningún tipo.

Pues bien, de la regulación establecida con la nueva LEC. EDL 2000/77463 se desprende que los requisitos señalados, los tres, adquieren el carácter de presupuestos esenciales. En el particular que ahora nos interesa, se establece en el artículo 728.3 que EDL 2000/77463 , salvo que expresamente se prevea lo contrario, el solicitante de la medida deberá prestar caución suficiente. Dicho precepto se complementa con lo previsto en el art. 732.3 de igual texto EDL 2000/77463 , que regula el referido presupuesto no sólo para adoptar la medida, sino también como requisito de la solicitud, señalando la necesidad de ofrecimiento de prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituir y con justificación del importe que se propone.

Esta especificación de la forma de ofrecer la caución viene a ser congruente con el resto de la nueva regulación ya que, especificando conforme al artículo 732.1 y 2 LEC EDL 2000/77463, la medida que se solicita, la necesidad de la misma y su justificación, se incide de forma directa en el tipo y cuantía de la caución.

En cuanto a la salvedad que se prevé en el artículo 728 EDL 2000/77463 , el citado precepto consagra de forma esencial la exigencia de caución y sólo cabe excepcionarla cuando el legislador lo pueda considerar oportuno, esto es, cuando legalmente está prevista tal excepción, como ocurre en el artículo 768 LEC EDL 2000/77463 . para el caso de materias relativas a filiación, paternidad o maternidad.

Por lo tanto, no cabe duda de que se trata de un requisito esencial que debe proponerse en el escrito de solicitud de la medida cautelar, ya en su formulación previa a demanda principal o de forma conjunta con ésta.

TERCERO.- En cuanto a la posible subsanabilidad del defecto de ofrecer prestar caución, debe señalarse que la ausencia absoluta de cualquiera de los requisitos esenciales en el momento de petición inicial no pueden ser subsanados.

Dicha conclusión se basa en el carácter excepcional de la vía cautelar, como forma previa a un procedimiento judicial declarativo, en donde se vienen a restringir y a reducir de forma significativa los plazos, oportunidades probatorias y, en caso extremo incluso, cabe su adopción "inaudita parte". Tales especialidades se justifican por la finalidad última de las medidas cautelares, que es asegurar el resultado ulterior de un procedimiento declarativo, que por el necesario transcurso temporal del procedimiento, pudiera convertir a la decisión judicial en ineficaz.

Pero, además de lo anterior, debe señalarse que el ofrecimiento de caución como requisito esencial no subsanable se demuestra en la nueva regulación de la caución sustitutoria de los arts. 746 y 747 LEC EDL 2000/77463. Dicha caución sustitutoria, que puede prestar el demandado cautelar para alzar las medidas adoptadas, tiene que estar en inmediata relación con la ofrecida por el demandante, por lo que es necesario que el demandado tenga conocimiento exacto de la que se ofrece por la contraparte. Así se deduce de la posibilidad de prestar caución sustitutoria en el acto de la vista, por la remisión que se efectúa en el art. 747.1 LEC al art. 734 del mismo texto legal EDL 2000/77463.

Por ello, si carece de conocimiento absoluto de la caución ofrecida por el actor, no podrá formular las alegaciones oportunas frente a la misma u ofrecer caución sustitutoria, por lo que se le situaría en posición de indefensión. Así, a diferencia de los procedimientos declarativos, se debe exigir un mayor rigor a la parte solicitante, que se encuentra en una situación procesal ventajosa. Por la misma causa, se debe señalar en el escrito de demanda de medidas cautelares aquellas pruebas de que la parte intenta valerse, tal y como prevé el art.732 LEC EDL 2000/77463 .

Cuestión distinta es que en el ofrecimiento de la caución no concurriera alguno de los requisitos que se establecen en el art. 732 LEC EDL 2000/77463 , esto es, que se ofrezca caución pero no se señale el tipo o sin justificación del importe. En este caso, cabría la posibilidad de entender cumplido el requisito esencial y, posteriormente, bien de forma previa a la admisión o al inicio del propio acto de la vista, requerir a la parte solicitante que subsane dichos defectos.

Pero, en el presente caso, se aprecia de forma clara el defecto de ofrecimiento de caución, pues sólo en el desarrollo de la vista, de forma previa a las conclusiones, el juez a quo concedió la oportunidad a la parte demandante de poder alegar sobre la caución, defecto resaltado por la parte contraria, sobre el que se insiste como alegación primera y llamativa ahora en este recurso.

CUARTO.- De todo lo expuesto, se deduce de forma clara que el juez a quo, tras verificar la ausencia de dicho requisito o presupuesto, al margen del otro requisito también cuestionado, debería haber desestimado la demanda cautelar en el momento inicial o, incluso, inadmitido sin necesidad de finalizar la vista específica acordada para resolver sobre tal figura jurídica.

En definitiva, pues, sea por la vía de la falta de apariencia de buen derecho o por la falta de ofrecimiento de caución específica junto a la petición de medida cautelar, debe confirmarse el criterio desestimatorio del juez de primera instancia y confirmar la resolución recurrida en el sentido que se recoge en esta resolución.

Por cuanto antecede, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación.

FALLO

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de Benjamín, contra el auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Cádiz (ANTIGUO MIXTO 5) con fecha 19 de diciembre de 2003, que debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente dicha resolución con imposición a la parte apelante de las costas del recurso.

Así por este nuestro Auto, juzgando definitivamente en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Lorenzo del Río Fernández.- Rosa María Fernández Núñez.- Fernando Rodríguez de Sanabria Mesa.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 11012370012004200060