

**EL PROCESO CAUTELAR EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL CIVIL, UN PASO ESENCIAL EN LA TUTELA DE
LOS CIUDADANOS**

**THE PROVISIONAL MEASURES PROCESS IN THE NEW
CIVIL PROCEDURE CODE, AN ESSENTIAL STEP IN THE
PROTECTION OF CITIZENS**

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 16-69



Silvia
BARONA
VILAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de septiembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: La regulación del proceso cautelar en el nuevo Código Procesal Civil supone un impulso de la tutela cautelar, genera expectativas en los ciudadanos hacia una justicia rápida y eficaz, y permite prever un buen instrumento procesal tuitivo del ciudadano. Pero también genera dudas e interrogantes, fruto de un inicio como "proceso" pero una regulación como incidente –que no lo es- que se abordan y se tratan de resolver desde los principios del nuevo modelo procesal, e inspirados en parámetros de igualdad y de justicia de los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: Medidas cautelares, proceso cautelar.

ABSTRACT: The new regulation of provisional measures set forth by the Code of Civil Procedure of 2013 implies a great boost for this sort of measures. The new regulation generates positive expectations for citizens in so far it favours an idea of civil justice much quicker and more efficient, fully prepared to cope with the juridical expectations and needs of modern citizens. However and despite this broadly positive approach the new regulation generates some doubts and questions in so far precautionary measures are firstly dealt with as a procedure incident though afterwards they give place to a real procedure. This new hidden provisional measures procedure must be developed in accordance to the basis of civil procedure designed by the CPC and standing on the principles of equality and substantive justice.

KEY WORDS: Provisional measures, precautionary measure procedure.

SUMARIO.- I. Una interesante regulación de la tutela cautelar en el nuevo Código Procesal Civil.- II. Partes y Tribunal en el proceso cautelar.- 1. Partes.- 2. Tribunal. Facultades.- III. Características, naturaleza jurídica y presupuestos de las medidas cautelares.- 1. Características y naturaleza jurídica.- 2. Presupuestos.- A) Situación jurídica cautelable y apariencia de buen derecho. Fumus boni iuris.- B) Peligro por la mora procesal (Periculum in mora).- C) Caución: ¿presupuesto o posibilidad?.- IV. Algunas reflexiones sobre las medidas cautelares en concreto. Referencia a la potestad genérica.- 1. Anotación preventiva de demanda.- 2. Embargo preventivo.- A) Presupuestos o elementos que lo fundan. Procedencia.- B) Bienes inembargables.- C) Designación de depositario.- D) Ejecución del embargo y prioridad del embargante.- 3. Secuestro.- 4. Intervención y administración judicial.- A) Presupuestos o elementos que lo fundan.- B) Régimen jurídico de la medida cautelar de administración (interventor administrador).- C) Régimen jurídico de otras modalidades de intervención: del interventor informante al interventor recaudador.- D) Obligaciones y responsabilidad del interventor. Posible remoción.- E) Honorarios de los interventores.- 5. Inhibición de bienes.- 6. Prohibición de innovar.- 7. Prohibición de contratar.- 8. Otras medidas.- V. ¿Olvido de la caución sustitutoria para impedir la práctica de la medida cautelar o voluntad de no reconocimiento legal de la misma?.- VI. Procedimiento cautelar. Ideas generales.- 1. Crítica inicial.- 2. A instancia de parte.- 3. Momento para solicitarlas.- A) Antes de la demanda.- B) Con la demanda.- C) Con posterioridad a la presentación de la demanda.- D) Algunas exigencias comunes a todos los momentos procesales.- 4. Contradicción previa-contradicción diferida.- VII. Resolución cautelar.- 1. Plazo.- 2. Contenido de la resolución.- 3. Cosa juzgada.- 4. Recurso.- 5. Ejecución.- VIII. Variabilidad de la medida cautelar.- IX. Relación de dependencia entre tutela cautelar y proceso principal.- 1. Tutela cautelar ante causam: necesidad del proceso principal.- 2. Terminación del proceso principal.- A) Finalización del proceso sin contradicción.- B) Finalización del proceso con contradicción. Situación en la segunda instancia.- C) Alzamiento de las medidas cautelares tras la sentencia firme.- X. Responsabilidad por daños y perjuicios.

I. UNA INTERESANTE REGULACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL.

La aprobación del Código Procesal Civil boliviano (en adelante CPC) supone una auténtica revolución en la conformación de la tutela cautelar. Atrás quedó el modelo arcaico y pasado de consideración de medidas cautelares como algo incidental en el

• Silvia Barona Vilar

Licenciada (premio extraordinario) y doctora en Derecho (premio extraordinario) por la Universitat de Valencia, donde en la actualidad es Catedrática de Derecho Procesal. En posesión de la más alta distinción para un jurista español, Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort. Con formación científica en Alemania (becaria DAAD, Max-Planck, Alexander von Humboldt), realizó la tesis doctoral en el Max-Planck de Freiburg; Doctora honoris causa por la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno de Santa Cruz de la Sierra, ha realizado estancias de investigación en diversas Universidades de prestigio, dirigido 13 tesis doctorales, publicado 15 libros (autoría única) y 100 (autoría compartida); ha publicado un centenar de artículos en revistas nacionales y extranjeras, siendo miembro del consejo científico de algunas de ellas. En los últimos años ha destacado en su trayectoria profesional su vinculación a la mediación y el arbitraje. Árbitro y mediadora de Cortes nacionales e internacionales, fue Presidenta de la Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Valencia (2007-2011). Es cónsul honorario del Consulado de la Lonja de Valencia y fue miembro-asesor de la Comisión que elaboró los principios de la nueva Ley de Planta y Demarcación Judicial (2008-2009). Su vinculación a Bolivia se halla especialmente a la Gabriel René Moreno (docente, directora de postgrados y directora de tesis doctorales), y también como docente de la Católica y de la de San Andrés; conferenciante en Tribunal Constitucional; autora de dos libros en Bolivia, sobre medidas cautelares en el proceso civil y sobre medidas cautelares en el proceso penal, autora de los Comentarios a la reforma del nuevo Código Procesal Civil boliviano de 2013 (La Paz) y directora de Comentarios a la Ley de Arbitraje de Bolivia en 2014; y ha sido consultora jurídica internacional a petición de la Procuraduría General en la tramitación de la reforma de la Ley 1770 de Arbitraje, en 2014. Correo electrónico: Silvia.Barona@uv.es.

proceso para transformarse en un verdadero “proceso cautelar”¹. Su estudio deberá conectarse por ende con la función jurisdiccional e integrándose con el proceso debido a que se refiere el art. 115 de la Constitución boliviana² y art. 4 del CPC³. Avala esta idea la nueva regulación que, intitula el Título II como “Proceso cautelar”. Si se habla de proceso, se habla de tutela, y si hay tutela, hay órganos jurisdiccionales y, por tanto, función jurisdiccional. No en vano los tribunales de justicia son los órganos a quienes se atribuye la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 7). Estas dos manifestaciones (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) se cumplen por medio del instrumento, que es el proceso (de declaración y el de ejecución).

El proceso cautelar surge como la tercera manifestación de la función jurisdiccional, y precisamente como consecuencia de la duración del proceso, declarativo y de ejecución, siendo su garantía. Queda consagrado en el nuevo CPC, en los arts. 310 a 337, siendo su misión garantizar la efectividad y el cumplimiento de la futura posible sentencia que recaiga. No resulta baladí esta transformación, dado que existe un objeto diverso del proceso principal que garantiza (es la pretensión cautelar), aun cuando se van a tramitar en el mismo procedimiento los dos procesos produciéndose una acumulación de ambos. En consecuencia, el legislador ofrece un tratamiento específico, diverso del de declaración, en lo que a reglas de competencia se refiere, a la regulación de la necesidad, o no, de audiencia con carácter previo como regla general, al desarrollo de la vista, la resolución que se dicta, el régimen de recursos, etc.

II. PARTES Y TRIBUNAL EN EL PROCESO CAUTELAR.

Delimitar subjetivamente el proceso cautelar es imprescindible, a los efectos del tratamiento jurídico que se ofrece. De ahí la necesidad de hacer referencia a las partes del proceso y al tribunal que conocerá del mismo.

I. Partes.

Sólo es posible adoptar la tutela cautelar a instancia de parte (art. 310.III); el tribunal no podrá hacerlo de oficio, lo que responde a los principios esenciales del proceso civil, y especialmente al de oportunidad y dispositivo.

- 1 Sobre esta cuestión y la necesidad de una reforma procesal que ofreciera una verdadera tutela cautelar en el proceso civil boliviano me pronuncié hace ya algunos años en mi obra *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil: una necesidad ineludible*. Santa Cruz de la Sierra (2003): Colección jurídica Editorial El País.
- 2 Este artículo reza: “I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueves y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones”.
- 3 Dispone: “Toda persona tiene derecho a un proceso judicial justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido a disposiciones jurídicas generales aplicables a los que se hallen en una situación similar; comprende el conjunto de requisitos que debe observar toda servidora o servidor judicial en las instancias procesales, conforme a la Constitución Política del Estado, los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos y la ley”.

En relación con quienes deban ser consideradas partes en el proceso habrá que estar al proceso civil declarativo del que pende. No existe especialidad respecto de la capacidad de las partes, dado que quien tiene capacidad en el proceso declarativo, la tiene para solicitar la tutela cautelar (arts. 29 y ss.). Lo mismo sucede con la legitimación, en cuanto son legitimados activos el demandante, o futuro demandante del proceso declarativo o demandante reconvenzional, y pasivo, quien lo es o lo será en el proceso de declaración.

2. Tribunal. Facultades.

Asumido que la función cautelar es función jurisdiccional, deben delimitarse las normas que configuran la atribución competencial a los tribunales. En esencia debe tenerse en cuenta:

1º) Las medidas cautelares civiles son competencia de los órganos que la tienen en el orden civil.

2º) Criterios de atribución de la competencia cautelar. Atenderá al momento en que la misma se solicite y sea adoptada. Es por ello que habrá que tener en cuenta:

a) Si la medida se solicita antes de la iniciación del proceso principal (cautelares *ante causam*) será competente el juez del proceso principal; en este caso, los Juzgados Públicos Civil y Comercial (que sustituyen a los Juzgados de Instrucción y Partido en lo Civil y Comercial) (art. 69 Ley 25 Órgano judicial). El art. 312 así lo corrobora⁴. No obstante, se establece una salvedad curiosa en el art. 313: validación de las medidas si hubiere sido ordenada de conformidad con las disposiciones contenidas en el capítulo de cautelares, sin perjuicio de no prorrogar la competencia para el conocimiento de la causa principal. Esta “convalidación” se justifica en el equilibrio existente en el Código entre la seguridad jurídica y la justicia. No obstante, la autoridad judicial que decreta la medida siendo incompetente “inmediatamente después de ser requerido por parte interesada, remitirá los antecedentes a la autoridad que sea competente”⁵.

b) Si se solicita con la demanda o con posterioridad, pero antes de la finalización del proceso, será competente el mismo órgano que conoce del asunto en la primera instancia (los mismos órganos anteriores).

4 “Será competente para disponer las medidas cautelares, si hubieren sido planteadas como medida preparatoria, la autoridad judicial que deba conocer la demanda principal”.

5 Surgen algunos interrogantes sobre este precepto. ¿Puede exigirse responsabilidad al juez por esta actuación? ¿Qué sucede si el juez que adoptó la medida no procede de forma inmediata remitir los antecedentes a la autoridad competente? En este caso podrían generar daños y perjuicios a alguna de las partes que podría suscitarse su exigibilidad al juez que se niega a remitir las actuaciones. Esa no remisión ¿podría llevar a un conflicto de competencia o sería más bien el resultado de una actuación de ignorancia judicial con reclamación de daños y perjuicios?

c) Si se solicita durante la sustanciación de la segunda instancia o fase de recurso, será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos (competencia funcional). Así serán competentes las Salas de apelación civil de los Tribunales Departamentales de Justicia (art. 56 Ley 25); y será competente la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de Justicia (art. 42) cuando, conociendo de la casación, le pidan una medida cautelar.

d) Finalmente el nuevo CPC incorpora unas normas de cooperación judicial internacional que permiten abrigar la idea de que pueden ejecutarse en Bolivia medidas cautelares que se hubieren adoptado por tribunales extranjeros –siempre que no sean contrarias a la legislación boliviana o al orden público internacional, art. 497.⁶- e igualmente pueden adoptarse en Bolivia por los tribunales civiles bolivianos medidas cautelares respecto de personas o bienes que deberán incorporarse a procesos no seguidos en Bolivia o que deban ejecutarse fuera del territorio boliviano (art. 500).

Una especial cuestión referida al tribunal es la que se regula en el art. 314 bajo el título “Facultades de la autoridad judicial”. Es de destacar que se atribuyen facultades al juez civil que quizás exceden de lo que se debería considerar como funciones propias de un juez civil. En todo caso, debe entenderse que en un proceso civil son las partes las que deciden –libremente- acudir al proceso y configurar desde la disponibilidad el mismo. Estas facultades, por tanto, deben interpretarse en ese sentido y desde los principios de oportunidad y dispositivo que conforman los cimientos del proceso civil; es decir, interpretación restrictiva. En todo caso, y más allá del art. 314 existen otros preceptos que abrigan facultades diversas a las aquí expuestas, a las que nos iremos refiriendo *infra*:

1º) Para evitar perjuicios innecesarios, podrá limitar la medida cautelar solicitada o disponer otra diferente o menos rigurosa si lo estimare suficiente para la protección de los derechos (art. 314)⁷. Surgen algunas dudas: por un lado, qué son perjuicios innecesarios, dado que es el juez el que decide y la parte puede no considerarlo igualmente de innecesario; y en segundo lugar y más importante, en ocasiones lo que una persona, como el juez, pueda entender que es menos gravoso puede entenderse más gravoso para otra; o viceversa. Se sugiere, en consecuencia, interpretaciones judiciales deben ser restrictivas y basadas en la proporcionalidad entre lo solicitado y lo que pretende garantizarse.

6 Si bien en estos casos la ejecución de estas medidas, así como la contracautela, se regirán por las leyes del estado Plurinacional (art. 497.III).

7 Este precepto puede completarse con la potestad cautelar genérica a que se refiere el art. 324 CPC, que permute, siempre bajo motivo fundado, adoptar medidas cautelares que no se encuentren reguladas de forma explícita en el Código, dado que se deja abierta esta posibilidad de forma genérica al referirse a que “podrá solicitar las medidas urgentes que según las circunstancias fueren las más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”, lo que otorga igualmente ese grado de potestad del tribunal para decidir cuál o cuáles son las medidas más adecuadas de acuerdo con las circunstancias concurrentes. Insistimos en el grado de excepcionalidad que hay que otorgar a esta facultad judicial y a la necesidad de interpretarla restrictivamente.

2º) Establecer su alcance. En esta determinación intervendrán numerosas cuestiones derivadas de la concurrencia de los presupuestos para la estimación o desestimación de la medida, modalidad de contracautela, extensión objetiva (sobre qué bienes se embarga, funciones del administrador o del interventor, obligaciones de los mismos y honorarios, personas a quienes notificar, más allá de las partes, la determinación de la medida y su alcance...). También en el alcance hay que determinar en principio la duración de la misma que como regla general "subsistirán mientras duren las circunstancias [presupuestos] que las determinaron" (art. 314.II).

3º) Podrá disponer la modificación de la medida, sustitución o cese, en razón de la protección de los derechos, bien de oficio o a petición de parte. Si bien los presupuestos pueden cambiar y provocar la variabilidad de la medida, lo normal debe ser que estos cambios se efectúen a instancia de parte y solo *excepcionalmente* se adopten de oficio dado que, de lo contrario, se produce una *descafeinización* de los principios del sistema procesal civil.

4º) Exigir la prestación de contra cautela suficiente, salvo los casos exceptuados⁸, garantizando que si, llegado el momento final del proceso, la sentencia es desestimatoria de la pretensión y se hubieren generado daños y perjuicios al soportante de la medida, se podrán sufragar esos daños y perjuicios. Lo recomendable es la exigencia de la misma, suficiente para evitar daños mayores tras el alzamiento de la medida cautelar por innecesaria.

5º) Dispondrá el levantamiento de la medida, condenando al demandante, si hubiere lugar, al pago de daños, perjuicios y costas cuando la medida se hubiere adoptado *ante causam* y no se presenta la demanda principal dentro de los 30 días siguientes de su ejecución (art. 310.II). Se produce la caducidad de la medida que es reconocida de oficio por el juez.

III. CARACTERÍSTICAS, NATURALEZA JURÍDICA Y PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

I. Características y naturaleza jurídica.

Comenzando por las características puede considerarse como tales⁹:

1º) *Instrumentalidad*: Son exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad y el cumplimiento de la sentencia que en el futuro puede dictarse;

8 El art. 321 establece esta posibilidad, dado que podrán ordenarse "bajo responsabilidad de la parte solicitante, sin necesidad de dar caución. La autoridad judicial deberá fundar su decisión en consideración a la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la posibilidad jurídica y la proporcionalidad de la medida. Sin embargo se requerirá contracautela cuando se trate de intervención judicial y en los casos señalados por ley".

9 BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil* (con MONTERO AROCA/GÓMEZ COLOMER/CALDERÓN CUADRADO). Valencia (2014): Tirant lo Blanch, 22ª ed., p. 699.

así, son instrumentales del proceso de declaración y del de ejecución, de ahí que CALAMANDREI las denominaba *instrumentos del instrumento*. Su razón de ser no es sino la dependencia que tienen respecto de otro proceso, de ahí su naturaleza instrumental.

2º) *Provisionalidad*: En cuanto carecen de vocación de definitivas, deben alzarse cuando en el proceso principal se haga inútil el aseguramiento, ora por cumplimiento de la sentencia, ora por actuaciones en ejecución que despojan de motivación el mantenimiento de las medidas.

3º) *Temporalidad*: De duración limitada, sin ser determinable *a priori*, nacen para extinguirse. Se adoptan por tiempo limitado, que depende de la duración del proceso principal, consecuencia evidente de la instrumentalidad.

4º) *Variabilidad*: Son susceptibles de modificación y alzamiento, son variables, pudiendo ser modificadas e incluso suprimidas, según el principio *rebus sic stantibus*, cuando se modifica la situación de hecho que dio lugar a su adopción. La variabilidad puede ser positiva (para adoptarlas o modificarlas) o negativa (para alzarlas).

5º) *Proporcionalidad*: Deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines pretendidos. Para ello se realizará un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, potenciándose con ello una menor onerosidad para el demandado. Siempre deberá motivarse la decisión judicial basada en la idea de proporcionalidad.

Estas características llevan a considerar su naturaleza jurídica y diferenciarla de otras instituciones con cierta afinidad. Son conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, si bien no son medidas de aseguramiento de las personas –por ejemplo de menores o incapaces-, porque no guardan relación con el proceso principal; éstas medidas son preventivas, pero no cautelares. Tampoco son cautelares la prueba anticipada ni la justicia provisional o sumaria –que deja abierta la vía de un proceso plenario posterior-.

En otro tiempo se sostuvo doctrinalmente que las medidas cautelares aseguraban sólo la ejecución de la sentencia. Esta posición ha sido superada, dado que no solo sirven para garantizar la ejecución de la sentencia sino la efectividad de la misma, lo que se muestra cuando la parte “vencedora” en el pleito no quiere que se ejecute la sentencia convirtiéndola en condena dineraria, sino que quiere que se ejecute en sus justos términos (hacer, no hacer...). Es por ello que, según la función que desarrollan, más o menos incisiva, es posible distinguir:

a) Medidas de aseguramiento: constituyen la situación adecuada para que, una vez dictada la sentencia en el proceso principal, pueda procederse a la ejecución de la misma (el ejemplo más significativo es el embargo preventivo);

b) Medidas de carácter conservativo, que tienden a evitar que el demandado, durante la pendency del proceso, pueda aprovecharse de los resultados de los actos que se consideran ilícitos por el actor (intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad ilícita);

c) Medidas innovativas o anticipatorias de la posible estimación de la pretensión, produciéndose una innovación sobre la situación jurídica preexistente al proceso principal (cesación de una actividad, prohibición de su inicio, suspensión de acuerdo societario, entre otras).

2. Presupuestos.

Para la adopción de las medidas cautelares se hace necesario que concurren una serie de elementos fundamentales que la doctrina denomina “presupuestos”. Son aquellos fundamentos que permiten mantener una probabilidad o posibilidad de que pueda, al finalizar el proceso, estimarse la pretensión del actor, y por ello, y ante la probabilidad, que no seguridad, de esta situación, se adoptan medidas como garantía de la efectividad de esa posible sentencia estimatoria de la pretensión. Son los que se regulan en el art. 311 CPC y a los que la doctrina procesal¹⁰ ha venido denominando: a) La situación jurídica cautelable y la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); b) El peligro por la mora procesal (*periculum in mora*); c) La contracautela (con carácter general) y con la posibilidad de medidas sin contracautela (art. 320).

A) Situación jurídica cautelable y apariencia de buen derecho: *fumus boni iuris*.

La situación jurídica cautelable vendrá delimitada en cada una de las medidas cautelares con carácter específico (por ejemplo, art. 325 –anotación preventiva- la situación jurídica cautelable vendrá determinada por la pretensión constitutiva de un derecho real sobre bienes inmuebles o muebles registrables; en el caso del embargo, el art. 326 determina la situación jurídica cautelable referida a una pretensión que vaya a poder ejercitarse sobre deuda en dinero, o en frutos, rentas y cosas fungibles convertibles en dinero, esto es, una pretensión de condena dineraria). Es decir, vendrá referida a la pretensión que se ejercite.

Vinculado a ella se halla el presupuesto de la “apariencia de buen derecho” o *fumus boni iuris*. No puede exigirse prueba al actor de la existencia del derecho subjetivo por él alegado en el proceso principal, dada que la misma se efectuará

10 Por todas, puede verse, BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional*, cit., pp. 700 y ss.

en él, pero tampoco puede adoptarse la medida cautelar sólo porque lo pida el actor. Entre uno y otro extremo la adopción precisa que se acrediten unos indicios de probabilidad, de verosimilitud, de “aparición de buen derecho” (art. 31 I.III), lo que no es sino la exigencia del art. 31 I de esa indispensabilidad para la protección del derecho. Es por ello que solo puede basarse en la probabilidad, provisional e indiciaria, a favor del demandante de la medida cautelar sobre el derecho que viene afirmando en el proceso principal, justificado documentalmente (art. 31 I.III), sin que se exija prueba plena, sino verosimilitud. De ahí que a este presupuesto se le denomine *humo*, referido a ese grado de posibilidad o probabilidad de estimación de la pretensión ejercitada en el proceso.

B) Peligro por la mora procesal (*periculum in mora*).

Implica la necesidad de conjugar los riesgos que amenazan la duración del proceso principal y el peligro de inejecución o de ineffectividad de la sentencia estimatoria. Pueden concurrir dos tipos de peligro: el retraso y el daño que se puede producir por la demora.

Son dos los sistemas para su configuración legal: *in abstracto* -duración del proceso-, aprovechable para hacer ineffectiva la tutela y que encuentra acomodo en el art. 31 I.II (*la demora del proceso*); y también pueden concurrir peligros *in concreto*, que son específicos y referidos esencialmente a algunas medidas cautelares, como insolvencia o no disposición de medios económicos suficientes (pretensiones pecuniarias), riesgos derivados de la inutilidad práctica que se pretenden contrarrestar a través de una anotación preventiva, peligro de las actividades propias de la sociedad o copropiedad (intervención), riesgo de difusión de una determinada actividad o publicidad, riesgos de continuidad de la actividad, entre otros, y que habitualmente vienen configurados en la regulación de las medidas específicas.

Aun cuando el art. 31 I.III se refiere a ambos presupuestos en cuanto a la necesidad de justificación documental, debe diferenciarse el humo del peligro, dado que en el segundo caso el peligro es más etéreo y difícil de mostrar documentalmente. No en vano el legislador se refiere a “sin que sea necesaria prueba plena”. Por ejemplo, la duración del proceso no hace falta justificarla porque es evidentemente conocida.

C) Caución. ¿Presupuesto o posibilidad?

La caución sirve para responder, en su caso, de los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionarse al demandado si, con posterioridad, se pone de manifiesto que la medida carecía de fundamento y es por ello revocada¹¹. Debemos conectarla con el art. 323, que establece la posible condena al resarcimiento de daños y perjuicios

¹¹ Sobre la caución, su régimen jurídico, su naturaleza y la importancia de su configuración en la tutela cautelar puede verse, BARONA VILAR, S.: *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil*, cit., pp. 120-130.

si la parte lo solicita, y para su garantía la caución es pertinente. Ahora bien, el legislador no hace referencia en el art. 311 a la caución para adoptar la medida. ¿Significa que no es presupuesto o si cabe qué no es necesaria?

De la regulación que se efectúa en los ordenamientos jurídicos y también del boliviano, debemos concluir que la caución es un elemento que fundamenta la medida, en cuanto favorece su adopción (contragarantía para quien soporta la medida), si bien lo básico es que no se debe considerar como presupuesto de adopción sino de ejecución de la medida, esto es, para su ejecución se necesita prestación de caución como garantía.

El legislador boliviano, sin embargo, se refiere a la exención de esta contracautela, lo que puede producir confusión o una errónea interpretación de no exigencia de la misma. Creemos imprescindible efectuar una interpretación *sensu contrario*, afirmando que la regla general debiera ser la exigencia de caución y la excepcional, la exención de la misma, aun cuando no se dice así en el CPC. Se establece como principio general en el art. 320 que se requerirá contracautela “cuando se trate de intervención judicial y en los casos señalados por la ley” (art. 331 por ejemplo). Y habrá que justificar la no exigencia de caución en atención a “la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la posibilidad jurídica y la proporcionalidad de la medida” (art. 320). Esto debe llevar a interpretar, junto al art. 323 que se refiere al resarcimiento de daños y perjuicios, que para garantizarlos, en caso de desestimación de la pretensión, la mejor manera de su efectividad es tener “garantía” del resarcimiento. Y ésta se consigue a través de la exigencia de caución, pero no para adoptarla, sino para ejecutarla. Si no se exige ésta puede generar verdaderas frustraciones y desde luego una merma de la tutela judicial pretendida por todo ciudadano. De ahí nuestra consideración de que la regla general debe ser exigir caución.

Aun cuando nada se diga en torno a su determinación cuantitativa y cualitativa, esta se debe dejar a la interpretación judicial, debiendo apoyarse en las diversas modalidades existentes en derecho así como en la capacidad económica de la parte y la fortaleza de la verosimilitud del derecho.

V. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN CONCRETO. REFERENCIA A LA POTESTAD GENÉRICA.

La delimitación de las medidas cautelares en el CPC se rige por un sistema mixto: por un lado, la enumeración de una serie de medidas cautelares específicas (arts. 325 a 337) y, por otro, se recoge en el art. 324 una cláusula abierta para un poder cautelar genérico al permitir “las medidas que según las circunstancias fueren las más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”.

No obstante, queremos insistir en la necesidad de entender que esta potestad cautelar genérica debe ser “cosa de partes”, estamos en un proceso oportuno y dispositivo, por lo que es importante también en la tutela cautelar atender a esa concepción del proceso civil como lo que es y, por ello, la misión del juez no puede ser la de suplir la voluntad interpretativa de la parte, lo que no es óbice a la función tuitiva restringida que se otorga a los tribunales.

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, el nuevo CPC boliviano no recoge un elenco de medidas cautelares específicas, sino que se regulan tan solo de forma concreta la anotación preventiva, el embargo preventivo, el secuestro, la intervención judicial (incluso no diferenciando entre interventor y administrador sino confluyendo ambos), la inhibición de bienes, la prohibición de innovar y la prohibición de contratar. Esto no implica que solo puedan adoptarse estas medidas, sino que cabrá adoptar otras medidas que sean necesarias al respecto, como se desprende a título de ejemplo en los arts. 316 y 317 CPC en relación con las pretensiones que se ciernen sobre el proceso de fabricación o de negociación cuando se refiere la demanda a bienes de establecimientos comerciales o industriales¹², así como en el mismo art. 324 tantas veces referido. De ellos se deriva una suerte de cláusula abierta que ofrece cobertura a la adopción de medidas que, no estando explícitamente reguladas en el CPC, pueden, sin embargo, regularse en otras leyes materiales o incluso ser producto de la similitud con la pretensión ejercitada en el proceso principal. Por tanto, no existe *numerus clausus* sino *numerus apertus* en la conformación específica de la tutela cautelar.

I. Anotación preventiva de demanda.

Regulada en el art. 325 CPC las notas que permiten definirla en cuanto a su regulación son:

1º) Situación jurídica cautelable: cuando se ejercite una pretensión constitutiva (constitución, modificación o extinción, o cualesquiera sea la forma de desmembración del derecho) de un derecho real –propiedad de bienes inmuebles o muebles sujetos a registro-. Repárese que se trata, en suma, de derechos registrables, dado que, de lo contrario, carece de sentido.

2º) El *fumus boni iuris*: probabilidad de que se dicte sentencia favorable a la pretensión constitutiva sobre derecho real ejercitada en el proceso principal.

12 Así, la cesación de una actividad, abstención temporal de una conducta, prohibición temporal de interrupción de una actividad, intervención de cuenta bancaria, intervención y depósito de ingresos obtenidos por actividad ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, formación de inventario de bienes, depósito temporal de obras u objetos que se reputen producidos con infracción de normas de propiedad industrial o intelectual, o depósito de material para su producción (planchas, maquetas, maquinaria, etc.), suspensión de acuerdos societarios, etc.

3°) *Periculum in mora*: riesgo de transmisiones de esos bienes o derechos sobre los que versa el proceso, efectuadas por el demandado, y que impidieren la efectividad de la sentencia.

4°) Es un acto de publicidad, si bien no impide al titular del derecho el ejercicio del contenido de su derecho, ni tampoco le otorga preferencia (art. 325.II). Pero es una medida de naturaleza asegurativa. Sirve para garantizar la efectividad que va a poder darse a la sentencia que estima la pretensión del actor respecto esencialmente otras medidas cautelares. No en vano se establece en el apartado IV del art. 325: "Si la sentencia de primera instancia es favorable a la parte que solicitó la medida, a petición de esta, la autoridad judicial ordenará el embargo o secuestro de los bienes afectados con la anotación". Es garantía de publicidad de medidas como embargo o secuestro, a instancia de parte, no de oficio.

5°) Se establecen normas de materialización de la medida, tales como que deberá ser la autoridad judicial la que efectúe la orden al registro público. El objeto de inscripción: nombre de las partes del proceso, objeto, naturaleza de la causa, situación de los bienes y el folio de la matrícula o los datos del registro si la anterior no existiera. Es imprescindible el qué, dónde, cómo y en relación con qué se va a producir esta anotación preventiva, de ahí la determinación de los contenidos en el art. 325.III. Es una medida, por ello, que conjuga actividad judicial con actividad registral.

2. Embargo preventivo.

Considerada históricamente como "la" medida cautelar por excelencia, por cuanto permite garantizar no solo la pretensión dineraria específica, sino también su función genérica, no necesariamente es la más adecuada. De ahí la necesidad de impulsar la adopción de otras medidas más comprometidas con la pretensión que se ejercite y que favorezcan la efectividad de la tutela pretendida¹³. Es difícil, sin embargo, quebrar la consideración legal y práctica de que el embargo es la medida más asegurativa de todas, en cuanto garantiza la ejecución forzosa de condena dineraria, aun cuando ésta no sea por condena directa sino por ejecución subsidiaria por incumplimiento de condena originaria. En cualquier caso, hay que tratar de ser imaginativos y sobre todo de emplear las armas que el legislador otorga, tanto a los abogados de parte como a los jueces, para obtener y decretar la tutela cautelar más adecuada en cada momento.

El legislador, lejos de mejorar su regulación, ha incorporado una formulación fragmentada del mismo. Recoge el elenco de bienes inembargables en el art. 318

13 Puede verse en materia de embargo preventivo referido a la situación anterior en Bolivia, BARONA VILAR, S.: *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil*, cit., pp. 167 y ss.

y el uso de bienes embargados en el art. 319, dedica los arts. 326 a 328 a su estricta regulación, sin perjuicio de las referencias que a lo largo del Código pueden encontrarse al mismo.

A) Presupuestos o elementos que lo fundan. Procedencia.

La *situación jurídica cautelable* atiende a pretensiones de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables en metálico (convertibles en dinero), que es lo que el art. 326 atribuye en el párrafo I como "obligación en dinero o en especie", por lo que la situación cautelable para el embargo es muy amplia. No obstante, cabe adoptar el embargo no solo respecto de pretensiones pecuniarias sino que también se entiende adecuada respecto de pretensiones hereditarias (en condominio o sociedad) o en demandas reivindicatorias, división de herencias, nulidad testamentaria o simulación, o incluso en caso de acciones reales respecto del bien demandado mientras dure el juicio, e incluso en caso de obligaciones de hacer como la exigencia de cumplimiento de un contrato de compraventa. El legislador boliviano quiere seguir manteniendo, al menos en teoría, el embargo como una medida de función cautelar *de amplio espectro* y no solo cuando se esté ejercitando una pretensión pecuniaria, sino también en garantía de obligaciones de hacer (pretensiones de condena) o en pretensiones constitutivas o incluso declarativas en parte (nulidad hereditaria o declaración de simulación que, amén de ser declarativas, producen efectos constitutivos).

En todos estos supuestos en que se ejercitan estas pretensiones, *fumus boni iuris* será la apariencia del derecho alegado y, por ende, la verosimilitud de estimación de la pretensión que se ejercita.

El *periculum in mora* vendrá determinado, amén de por la duración del proceso-peligro genérico-, por la posible insolvencia del demandado mientras se realiza el proceso principal, y por eso este embargo afecta uno o más bienes de aquél a la posible futura ejecución.

El legislador, como en otros ordenamientos, ha querido incorporar una serie de elementos que van a servir de valoración de una mayor verosimilitud de la existencia del derecho y/o de la existencia del peligro de ineffectividad o inejecución de la sentencia que pueda dictarse. Así, el art. 326.I CPC establece que se podrá pedir el embargo preventivo por el acreedor de una obligación en dinero o en especie cuando:

1º) El deudor no tuviere domicilio en el territorio del Estado Plurinacional. Juega en cuanto elemento que favorece la situación que pudiera hacer inútil la efectividad de la sentencia que en su día se dicte.

2º) El crédito constare en documento público o privado reconocido y no contare con una garantía suficiente. Y es esa ausencia de garantía suficiente lo que genera peligro, teniendo en cuenta a su vez que la concurrencia del crédito en documento público o privado reconocido abre una suerte de verosimilitud del derecho.

3º) El coheredero, el condominio o el socio con respecto a los bienes de la herencia del condominio o de la sociedad, respectivamente, acrediten la verosimilitud del derecho y el peligro de la demora.

4º) La persona que tuviere que demandar reivindicación, división de herencia, nulidad de testamento o simulación, u otras acciones reales respecto del bien demandado mientras dure el juicio, presentará prueba documental que haga verosímil su pretensión. En estos casos el legislador boliviano ha querido mantener una posición “antigua” del embargo, manteniéndola como la “supermedida”, como si solo a través de ella fuera posible garantizar a quien vaya a vencer en el pleito algo, siquiera fuere dinero, aun cuando la pretensión ejercitada no hubiere sido económica sino reivindicativa de la propiedad o de la posesión o de la declaración. En estos casos el demandante que vence quiere que se ejecute la sentencia en sus justos términos, no que le den dinero. Existen otras modalidades cautelares que no son el embargo y que podrían satisfacer a la parte más.

5º) Se demandare el cumplimiento de un contrato de compraventa, si el derecho fuere verosímil. En este supuesto resulta chocante la posición del legislador: En el caso de la compraventa lo que pretende el que demanda es que se cumpla con las obligaciones (hacer, no hacer, dar, entregar), a salvo de que se trate de impagos, en cuyo caso la obligación dineraria es perfectamente garantizable por embargo. En los otros supuestos podríamos pensar en otro tipo de medidas que garanticen mejor el derecho reconocido.

Se favorece el embargo si se dan estas circunstancias, lo que no es óbice a que son meros referentes valorativos y que en todo caso podrá solicitarse otra medida. Será el buen abogado el que deberá aconsejar a su cliente acerca de la mejor de las medidas a solicitar.

B) Bienes inembargables.

El art. 318 establece un listado de los bienes que no son embargables, cuales son:

1º) Los sueldos y salarios, salvo que se trate de pensiones de asistencia familiar. En este caso el equilibrio lleva a excepcionar la excepción.

2º) Las pensiones, jubilaciones, montepíos, rentas de vejez o invalidez y demás beneficios sociales establecidos legalmente, excepto el caso de asistencia familiar.

3º) Las prendas de uso personal y los muebles imprescindibles que guarnecen la vivienda del deudor y de su familia, salvo que la deuda provenga de la adquisición de los mismos muebles o de alquileres de la casa. Se tratan todos ellos de bienes de primera necesidad, de ahí que el legislador haya querido excluir de este elenco de inembargables los denominados bienes suntuarios, precisamente por la naturaleza que les caracteriza.

4º) Los libros relativos a la actividad laboral del deudor.

5º) Las máquinas, herramientas, instrumentos y otros objetos de trabajo de que se sirve el deudor indispensables para el ejercicio de su profesión u oficio o para la enseñanza de alguna ciencia, profesión, arte u oficio, de manera individual, salvo el caso de bienes prendados o cuando la deuda provenga de la adquisición de esos bienes.

6º) Los artículos de consumo y subsistencia personal y familiar por un período de seis meses. La determinación de los seis meses ha sido discrecional del legislador boliviano, dado que podría haber sido tres o cuatro meses o un año. La determinación de seis meses no obedece a ninguna razón objetiva.

7º) Los mausoleos, sarcófagos y nichos perpetuos.

8º) Aquellos que señale la ley expresamente, entendiéndose aquellos que puedan recogerse en una norma específica que determine esta naturaleza.

Regla especial es la que se contiene en el art. 319 en relación con bienes embargados afectados a los servicios públicos: "...no obstante el embargo, seguirán utilizándose por el deudor. La autoridad judicial, en todos los casos, limitará al mínimo indispensable las prohibiciones de uso de los bienes embargados, salvo disposición en contrario".

C) Designación de depositario.

La autoridad judicial, al disponer el embargo preventivo, deberá determinar su alcance, en los términos que se determinan en el art. 314.2 CPC¹⁴. Precisamente en lo que al embargo preventivo se refiere, amén de determinar sobre qué va a recaer el embargo, será necesario designar un depositario, a quien se advertirá de posibles responsabilidades (art. 326.III)¹⁵.

14 El art. 160 regulaba el significado del depósito como medida cautelar y el 161 se refería a las obligaciones del depositario, aun cuando se mantenía su estrecha y directa vinculación con el embargo, en los términos actuales. Puede verse, BARONA VILAR, S.: *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil*, cit., pp. 191-196.

15 Es por ello que es una medida cautelar con efectos aseguratorios, en cuanto se pretende la situación que haga factible el cumplimiento efectivo de la sentencia que en su momento se dicte en el proceso principal. Puede verse el desarrollo *in extenso* de la misma BARONA VILAR, S.: *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil*, cit.,

No se determina un elenco de obligaciones del depositario, lo que no es óbice a la necesidad de su consideración, especialmente el deber de conservación de los bienes en depósito o custodia, así como la necesidad de la dación en cuenta del depositario.

En relación a la designación de depositario, se establece la viabilidad de que lo sea el demandado-ejecutado, autorizándosele al uso de lo embargado en lo que no fuere incompatible con su conservación.

D) Ejecución del embargo y prioridad del embargante.

La ejecución y efectos que deba producir el embargo preventivo se sujetarán a lo que dispone el Código Procesal en ejecución forzosa (art. 327). Significativa es la prioridad del art. 328: cuando se trate de embargo de bienes que no se encuentren vinculados a causas legítimas de preferencia, tendrá el acreedor “derecho a cobrar íntegramente su crédito, intereses, costas y costos, con prelación a otros acreedores, salvo en el caso de concurso. Los embargos o secuestros posteriores afectarán únicamente al sobrante que quedare después de pagados los créditos que dieron lugar a embargos o secuestros anteriores”.

3. Secuestro.

El art. 326 CPC regula el supuesto específico del secuestro de bienes muebles o semovientes. El art. 1320 CC derogado recogía el secuestro y el depósito judicial con sus modalidades y requisitos. Y los arts. 106 y 107 de la Compilación de leyes de Procedimiento Civil –derogada–, contenía disposiciones análogas en el Capítulo de diligencias preparatorias para la demanda, y de ahí pasó al CC y al CPC derogado (arts. 162 y 163)¹⁶.

Se trata de una medida cautelar que podría considerarse apropiada en aquellos supuestos en que en el proceso principal se ejercita una pretensión de entrega de cosa mueble, en posesión del demandado, evitándose la imposibilidad de la entregar cosa mueble en ejecución por transmisión de la misma de forma irrevindicable o por hacerla desaparecer.

Es por ello que el legislador ha establecido una serie de supuestos que hacen recomendable la adopción de esta medida, que son:

p. 194. Se trata de una medida que tiende a evitar el deterioro o la ocultación físicos de los bienes muebles y su transmisión a tercero con carácter de irrevindicable.

16 BARONA VILAR, S.: *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil*, cit., p. 197.

1º) Cuando el embargo no asegure por sí solo el derecho pretendido por la parte solicitante, siempre que se presente documento que hiciera verosímil el crédito cuya efectividad se trata de garantizar:

2º) Cuando fuere necesaria la guarda o conservación de bienes para asegurar el resultado de la sentencia. En este caso, el dinero no satisface el resultado de la sentencia sino la entrega del bien, se trata de una obligación de entregar una cosa no de su especie en dinero.

3º) El deudor ofreciere bienes para su descargo.

4º) No procede cuando el demandado tenga título de propiedad o posesión del bien por más de un año.

5º) La autoridad judicial nombrará depositario de los bienes secuestrados a quien igualmente advertirá de las responsabilidades que conforme a la ley asume.

Es una medida que se implica con el embargo preventivo y aun cuando su significado se halla intrínsecamente vinculado a la existencia de un bien y a la afección del mismo, el secuestro ofrece unas garantías respecto de las pretensiones ejercitadas que en ciertos casos el embargo no ofrece. Para su ejecución también se remite al proceso de ejecución regulado en el CPC. E igualmente habrá que considerar la prioridad a la que nos hemos referido en materia de embargo y a la que se refiere el art. 328 CPC en relación igualmente con el secuestro de los bienes del deudor que no se encuentren vinculados a causas legítimas de preferencia, teniendo derecho a ser los primeros los acreedores en cobrar íntegramente su crédito, intereses, costas y costos, con prelación a otros acreedores, salvo en caso de concurso. Los secuestros posteriores afectarán únicamente al sobrante que quedare después de que se haya efectuado el pago de los créditos que dieron lugar a secuestros anteriores (art. 328).

6º) El legislador establece una norma de remisión, en cuanto para cuanto no se halle expresamente resuelto y regulado en el este art. 366 CPC entiende que habrá que estarse a las normas establecidas para el embargo.

4. Intervención y administración judicial.

El legislador se refiere en la Sección III a la Intervención judicial tan solo, si bien en el articulado (arts. 329 a 334) también hace alusión al interventor con facultades de administración, lo que permite diferenciar intervención y administración. Aun cuando la denominación sea única en el CPC boliviano, las dos vías son posibles.

Así, cuando se pretende la entrega de bienes cuyo valor principal reside en la productividad (establecimientos industriales o comerciales o fincas rústicas), la

medida tiende a garantizar el mantenimiento de esa productividad, y puede pedirse bien la intervención judicial (controlándose los actos de administración que realice el demandado), bien la administración judicial (se nombra un administrador que sustituye al demandado en la administración del bien). Esta es la verdadera situación jurídica cautelable en el caso de la intervención y de la administración judicial. En aquellos supuestos en que no se pretende la entrega del bien sino garantizar la productividad del mismo y que de esa manera también se garantice la efectividad de la sentencia que pueda recaer (por ejemplo cuando se ha producido el embargo preventivo de los frutos y rentas que produce el bien), puede ser de gran interés este tipo de medida cautelar.

A) Presupuestos o elementos que lo fundan.

Lejos de encontrar un único precepto que regule esta situación, hemos de determinarla de la lectura de la regulación en el CPC y en este sentido se refiere tanto a aquellas pretensiones que hagan referencia a las posibles actividades de la sociedad o de la copropiedad y pretendan garantizarla (art. 329), como cuando se ejercita una pretensión a entregar un bien que se tenga a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que tenga interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o bien su garantía sea realmente primordial para la efectividad de la condena que en su día pudiere recaer (art. 330)¹⁷.

Si bien esos datos permiten coordinar situación jurídica cautelable con *fumus boni iuris*, cierto es que entre los peligros se encuentra la duración del proceso (peligro en abstracto) más los peligros específicos de la garantía de la productividad, sea respecto de la actividad empresarial en sí o sea respecto de frutos, rentas, etc.

En muchas ocasiones estas medidas se adoptan en supuestos en que cabría solicitar un embargo, si bien estas medidas son más incisivas a fin de garantizar la efectividad que pudiere obtenerse de la sentencia de condena que pueda llegar realmente a dictarse.

El legislador destina un número mayor de artículos a la regulación de estas medidas que a otras, como ya lo hacía en la legislación antecesora. El art. 368 CPC ha establecido una serie de reglas para el desarrollo de la intervención o de la administración judicial, con el fin de delimitar lo que se entiende por el régimen jurídico general de estas medidas.

En esta medida de intervención se determina expresamente la exigencia de contracautela (art. 320 y 331.3), dado que aun cuando se permite adopción cautelar

17 Un desarrollo *in extenso* de los presupuestos de esta medida cautelar pueden encontrarse, aun cuando desde el prisma de la legislación ya derogada, en BARONA VILAR, S.: *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil*, cit., pp. 204-206.

sin caución, el art. 320 dispone que “sin embargo se requerirá contracautela cuando se trate de intervención judicial”, lo que implica una excepción a lo que pareciera ser considerado como una posible regla general; y, por otro, el art. 331.3 determina que “será fijada teniendo en cuenta la clase de intervención y los perjuicios, costas y costos que la medida pudiere irrogar”.

B) Régimen jurídico de la medida cautelar de administración (interventor administrador).

1º) Se regula en el art. 329 que la considera medida subsidiaria o complementaria (“a falta de otra medida cautelar o complementaria de una anteriormente dispuesta”).

2º) El interventor administrador tendrá la facultad de coadministrar con el administrador natural o sustituirlo.

3º) Esta medida de intervención-administración la podrán pedir socios o copropietarios, siempre que los actos u omisiones de los administradores o poseedores de los bienes de la sociedad o de la copropiedad, pudieren ocasionar perjuicio grave o pusieren en peligro las actividades propias de la sociedad o de la copropiedad.

4º) El juez deberá tomar en consideración para la designación de interventor que recaiga en persona idónea para desempeñar la función y que sea ajena a la sociedad intervenida. Y en todo caso, será el juez el que determine en cuanto al alcance de la medida, las funciones que le son atribuidas al interventor y el plazo que durará su función, plazo que podrá prorrogarse solo cuando la autoridad judicial lo disponga (art. 331). Hay que considerar que en la meritada resolución judicial deberá igualmente consignarse la forma de actuación del interventor, si tiene o no facultades de administración o, si cabe, si se mantiene o no la administración preexistente, la necesidad de rendición de cuentas y por supuesto la retribución (honorarios) procedente.

C) Régimen jurídico de otras modalidades de intervención: del interventor informante al interventor recaudador.

Con el fin de tener en cuenta el régimen jurídico aplicable cuando se trata de otras modalidades de intervención, vamos a tomar en consideración la división que ofrece el legislador entre el interventor informante y el interventor recaudador.

1º) Se regulan ambas en el art. 330 y pueden ser solicitadas por cualquier interesado, fuere o no socio o copropietario (a diferencia del supuesto anterior interventor-administrador).

2º) Interventor informante: su función consistirá en conocer el estado de los bienes, objeto del proceso o las operaciones o actividades desarrolladas por el interventor administrador con la periodicidad que se disponga en la resolución judicial (alcance de la medida). Es complementario del anterior.

3º) Interventor recaudador: su función se circunscribe exclusivamente a la recaudación de la parte embargada, sin injerencia alguna en la administración. Tiene sentido esta medida cuando la misma recae sobre pretensiones que tienen por objeto bienes productores de frutos civiles o naturales. En esta medida y como consecuencia de la determinación de su alcance por resolución judicial, será el juez el que determinará el monto de la recaudación, que no podrá exceder del cincuenta por ciento de las entradas brutas, debiendo ser el importe depositado a la orden del juzgado dentro del plazo que se determine.

4º) El juez deberá considerar que es la persona más idónea para desempeñar la función de interventor informante o de interventor recaudador; y deberá señalar sus funciones en el auto cautelar así como el plazo de duración de las mismas, que podrá prorrogarse solo cuando la autoridad judicial lo disponga (art. 331). Del mismo modo que en el caso de intervención administrador el juez deberá determinar en el auto la forma de actuación del interventor; si se mantiene o no la administración preexistente, la necesidad de rendición de cuentas e igualmente la retribución (honorarios) procedente.

D) Obligaciones y responsabilidad del interventor. Posible remoción.

El art. 332 CPC ha venido a concluir una serie de obligaciones del interventor; que deberán exigirse en lo que se denomina como la rendición de cuentas:

1º) Desempeñar personalmente la función, observando estrictamente las instrucciones que imparta la autoridad judicial. No en vano el juez ha de personalizar esta función en quién sea más idóneo para el ejercicio de su función, por lo que será solo el que es designado como tal el que realizará la función.

2º) Prestar informes periódicos mientras dure la intervención y uno al final al concluir las funciones en el cual rinda cuentas de su cometido.

3º) Vigilar la conservación del activo y cuidar que los bienes no sufran deterioro.

4º) Dar cuenta, en el caso del interventor informante, de toda irregularidad que advirtiere en la administración.

Por defectos en su función o por incumplimiento de estas obligaciones podrá incurrirse en responsabilidad civil y/o penal (art. 332.II). La responsabilidad civil

por incumplimiento de las funciones se deriva la misma ley, de manera que la ley es el contrato que el interventor asume, en el que se establecen las condiciones, funciones y exigencias, que serán igualmente incorporadas a la resolución cautelar; y podrá dar lugar a la reparación e indemnización por daños y perjuicios que se hubieren causado, amén del cese de su función, por supuesto. Y especialmente deberá considerarse que esa responsabilidad se vinculará a la función de veracidad de la información que ofrecen en su actividad y especialmente en sus informes. Penalmente es el CP el que tipificará esta gestión fraudulenta, falsedad, alteración de precios, etc. o que pudiere derivar en otros tipos penales más o menos gravosos pero que en todo caso pasarían por una cesación de su cargo si es que estuviere desempeñando la función todavía.

El art. 334 establece la posible remoción de los interventores, sin derecho a percibir honorarios, a petición de parte o de oficio, cuando:

1º) No cumpla su cometido o revele falta de idoneidad (además de generar responsabilidad)

2º) Ejerciere sus funciones con negligencia inadmisibles que comprometa el interés de las partes y la conservación de los bienes.

3º) Incurriere en abuso en el ejercicio de sus funciones.

Se trata todas ellas de extralimitaciones e infracciones a los límites y obligaciones que asumió al aceptar su cargo como interventor; por lo que las consecuencias que se derivarán de las mismas llevarán a la responsabilidad y a la remoción del cargo.

E) Honorarios de los interventores.

El art. 333 determina la retribución que obtiene el administrador o interventor por el ejercicio de su función. Habrá que considerar:

1º) El interventor percibirá el honorario fijado por la autoridad judicial, una vez se haya aprobado el informe final de su gestión.

2º) Si la actuación del interventor tuviere que prolongarse durante un plazo que, a criterio de la autoridad judicial, justifique el pago de anticipos, previo conocimiento de las partes, ellos se fijarán en proporción al importe total de su honorario.

3º) Para determinar la regulación del honorario, se tendrán en cuenta la naturaleza y modalidades de la intervención, las utilidades obtenidas como consecuencia de ella, el tiempo de duración y otras circunstancias que correspondan.

4º) No se establece en la ley quién paga esta retribución, si bien debemos considerar por lógica jurídica que la misma se abonará por el peticionario o, mediando circunstancias que así lo determinen, por los productos obtenidos por el propio bien intervenido (parece razonable).

5. Inhibición de bienes.

El art. 335 CPC regula esta medida de inhibición, que es claramente una medida cautelar de aseguramiento, similar a la función que se cumple con el embargo preventivo. No existía en la vieja legislación una referencia específica a esta medida, aun cuando su incorporación era perfectamente factible ex art. 169 del viejo Código¹⁸. Su razón de ser se asienta en el carácter subsidiario de la misma, por cuanto puede adoptarse en aquellos casos en que, dándose los presupuestos para proceder al embargo preventivo, sin embargo falta el elemento esencial que es el de que no se conocen los bienes del deudor o bien aun conociéndose éstos, sus bienes, no permiten cubrir el importe del crédito reclamado.

En consecuencia, garantiza una pretensión fundamentalmente pecuniaria, al permitir tener bienes del deudor garantizados para, en el caso de que se estime la pretensión, se pueda obtener cantidades suficientes para cubrir la condena del deudor y por tanto la satisfacción económica del acreedor; para ello deberá concurrir verosimilitud del derecho del que se pretende reconocimiento en el proceso. Y el *periculum in mora* se asienta, amén del peligro de duración del proceso, en el peligro de posible insolvencia del deudor en el momento en que siendo condenado se proceda a la ejecución forzosa de la sentencia condenatoria al mismo.

Su objeto es la inhibición de vender o gravar los bienes del deudor. Y surtirá efectos desde la fecha de su anotación en el registro correspondiente, otorgando preferencia sobre las medidas de inhibición que puedan ser ordenadas con posterioridad.

6. Prohibición de innovar.

Se regula en el art. 336 CPC la denominada medida de prohibición de innovar; cuyas notas y características son:

1º) Es una medida cautelar que en principio y con carácter general se podrá disponer en toda clase de procesos, siempre que concurren los presupuestos. Es una medida conservativa, que mantiene el *statu quo* o la situación de hecho establecida

18 Este precepto reza del modo siguiente: "Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes quien tuviere fundado motivo para temer que, durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia". Con ello se venía a sostener una suerte de *numerus apertus* en el elenco de medidas señaladas.

antes de que se procediere a su adopción. Su situación jurídica cautelable viene referida a las pretensiones de condena a una obligación de no hacer específica; no se trata de cualquier obligación de no hacer, ni a la consideración de una genéricamente enunciada, sino a la específica de no innovar:

2º) El legislador ha querido consagrar de forma explícita los presupuestos para adoptar esta medida cautelar; que son:

a) En primer lugar, el presupuesto del *fumus boni iuris* ("el derecho fuere verosímil"). Debe existir probabilidad o verosimilitud de reconocimiento del derecho en la futura sentencia que se dicte. Como en el resto de medidas estamos en todo caso no en supuestos de absoluta certeza o convicción del acto sino en la probabilidad de su realización.

b) En segundo lugar, el *periculum in mora* ("existiere peligro de que si se altera la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiere influir en la sentencia o hacer ineficaz o imposible su ejecución") (art. 336.1). Esto no es sino la denominada irreparabilidad que se deriva de la realización de una conducta ilícita o lícita, pero que existe la adopción de medidas cautelares que, de no adoptarse, podrían hacer ineficaz la sentencia o de imposible ejecución.

7. Prohibición de contratar.

A esta segunda posibilidad, recogida en el art. 337, también se ha querido referir el legislador, estableciendo su marco normativo y los presupuestos y efectos que esta medida exige y puede llegar a producir. En este sentido, debemos de tener en consideración:

1º) Es una medida conservativa, en cuanto pretende garantizar el *statu quo*, favoreciendo con ello el aseguramiento de la ejecución forzada de los bienes objeto del litigio, aun cuando también puede ser anticipatoria, al evitar *a priori*, mediante la adopción de la medida, que se realice una conducta sobre la que gira el proceso y es precisamente una obligación de no hacer:

2º) Ahora bien, curiosamente esta medida queda condicionada a lo que dispone el art. 337.1, es decir, que su adopción, amén de la función que hemos expuesto, puede producirse como consecuencia de su adopción por disposición legal que así lo determine o bien porque igualmente quedare así expuesto en el contrato suscrito por las partes. En los supuestos en que se adopta por ley o por norma contractual, se convierte ora la ley ora el contrato en fundamento de adopción de la medida, que desde luego sustenta el presupuesto del *fumus boni iuris*.

3º) La situación jurídica cautelable y el *fumus* se hallan directamente referidas al objeto del contrato, esto es a los bienes, que son el objeto del litigio. De ahí que el objeto de esta medida sea precisamente la prohibición de contratar sobre determinados bienes (tipo de pretensión –de condena a un no hacer- que se ejercita o si se quiere, situación jurídica cautelable). El objeto a que se refiere el contrato son bienes, que no servicios, porque así se ha establecido específicamente en la ley. Ello nos lleva a excluir esta medida respecto de aquellas pretensiones que versen sobre servicios contratados (telefonía, construcción, gas, luz, etc.), porque a ellos no se refiere el art. 337.

A esta situación jurídica cautelable deberá unirse la verosimilitud del derecho que se ejercita en cuanto a los bienes objeto del contrato, amén del peligro que conllevaría de no adoptarse la misma, dado que durante la pendency del proceso (peligro genérico) podría hacerse imposible la ejecución de la sentencia que versare sobre dichos bienes; impedir cautelarmente que se contrate sobre esos bienes es y ofrece una garantía jurídica, siquiera cautelar, que favorece la efectividad de la tutela que se está planteando en el proceso principal.

4º) Obviamente no se trata de una prohibición en abstracto, que sería prohibición de contratar, sino que debe limitarse y así recogerse en la medida, la prohibición de contratar sobre qué tipo de bienes es sobre lo que se produce la prohibición de contratar. Es por ello que deberá individualizarse, como dice la ley, lo que es objeto de prohibición. El art. 337.I así lo dispone: "...la autoridad judicial ordenará la medida, individualizando el objeto de la misma..." (no es sino la determinación del alcance de la medida exigido por la ley).

5º) Se inscribirá la medida en los registros correspondientes, con el fin de dar publicidad a terceros que pudieren de buena fe intentar mantener una relación jurídica con la parte.

6º) Asimismo, se procederá a notificar a los interesados y a cuantos terceros sea necesario por mención del solicitante, para que de forma preferente tengan conocimiento de la medida. Así, tanto el registro como la notificación son formas de dar parte de la existencia de la medida, bien a la sociedad en general a través del registro, o bien a partes e interesados, por medio de la notificación.

7º) Es especialmente curiosa la referencia en el art. 337.II, regulador de la prohibición de contratar, a una cuestión que no solo debería ser considerada de manera privilegiada en esta medida, sino que entendemos es posible respecto de cualesquiera medida que pueda adoptarse cautelarmente. Reza este apartado: "La prohibición quedará sin efecto si quien la obtuvo no dedujere la demanda dentro del plazo de treinta días de haber sido dispuesta, y en cualquier momento en que se demostrare su improcedencia".

Se trata del supuesto de que se hubiere adoptado la medida con carácter previo a la interposición de la demanda en el proceso principal, esto es, se trataría de las medidas *ante causam*. *Conditio* de su mantenimiento es que se presente la demanda en el proceso principal en el plazo de treinta días tras haber sido dispuesta. De lo contrario, habrá que proceder a su alzamiento; alzamiento que igualmente se va a producir cuando se demostrare su improcedencia por cambio de aquellas circunstancias que dieron lugar a la adopción de la misma (presupuestos). Se trata de una clara manifestación de la naturaleza instrumental de las medidas y de su consideración de provisionalidad y variabilidad que les caracteriza como consecuencia de la instrumentalidad.

8. Otras medidas.

No estamos ante un *numerus clausus* de medidas, sino que, antes al contrario, es posible adoptar otras medidas diversas a las expuestas. El Código nos ofrece esta posibilidad. Especialmente, el art. 336, II viene a hacer referencia a cualesquiera otra que pueda adoptarse en relación con la efectividad de la tutela pretendida: “Excepcionalmente, cuando no sea aplicable otra medida prevista por la ley y ante la inminencia de un perjuicio irreparable, la autoridad judicial puede ordenar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda, en los siguientes casos...”. De este precepto, por ello, debemos considerar:

1º) Se inicia la regulación con el adverbio “excepcionalmente”. El juego de “otras” medidas se rige en defecto de las expresamente recogidas en la ley. ¿Significa que serán escasas las mismas? La respuesta debe ser negativa. En realidad la excepcionalidad a que se refiere este precepto no lleva a la restricción o cuasi limitación de las mismas –las otras no reguladas expresamente en los preceptos anteriores- sino atribuyéndoles carácter residual, esto es, en defecto de la posible aplicabilidad de las recogidas legalmente.

2º) Para que pueda procederse a la adopción de otras medidas cautelares deberá concurrir “inminencia de un perjuicio irreparable”. No es sino el reconocimiento de la concurrencia del *periculum in mora* como presupuesto de adopción de la medida, aun cuando quizás con un elemento de agravación en cuanto a la introducción de la naturaleza de irreparabilidad a que se refiere el legislador en relación con el peligro. Es por ello que este presupuesto del *periculum in mora*, más allá del significado común de la duración del proceso como peligro genérico incorporará una suerte de intensidad del peligro que se asentaría en los dos elementos propios: por un lado, la inminencia, lo que comportaría una mayor credibilidad en la posible existencia del peligro, al estar éste más próximo que en los supuestos del peligro genérico; por otro lado, en la irreparabilidad del mismo, que impediría no ya que el daño se fuere a producir sino que éste en su caso fuere o pudiese ser reparable.

3°) Se les atribuye la función de “ordenar la reposición de un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda”. Se pretende una proyección cautelar más allá de la mera conservación o mantenimiento del *statu quo*. Repárese que esta referencia a “ordenar la reposición” es *a priori* más incisiva e intromisora que cualesquiera otra medida de conservación o de aseguramiento. Lo que se exige es que la petición cautelar de reposición no sea sino la que de sustento a la petición objeto de la demanda en el proceso principal del que es instrumental la medida. En consecuencia, una suerte de anticipación si bien fundada en la instrumentalidad que destila la medida cautelar en relación con el proceso principal.

4°) La función determinada y la condicionada instrumentalidad de las medidas no abre sin más una cláusula para adoptar medidas cautelares, cualesquiera que fuere, sin limitación o condicionamiento alguno, sino que el legislador ha querido abrir esta cláusula cautelar (una suerte de tutela cautelar indeterminada pero determinable) a los siguientes casos:

A) *Procesos interdictos*. Se autoriza la adopción de medidas cautelares. Aun cuando se aplica el régimen común, se permite excepcionalmente la adopción de oficio de la medida cautelar que exija la naturaleza y alcances de la situación presentada. Nuestra recomendación es que los jueces asuman este reto con mucha precaución para evitar reclamaciones contra los jueces.

La indeterminación de la medida se asienta en esa idea de que cualesquiera modalidad de tutela podría ser válida siempre que así lo exija la naturaleza y alcances de la situación presentada, lo que es tanto como dejar a la discrecionalidad —que no arbitrio— del decisor, en atención a las circunstancias concurrentes y a la necesidad, la exigibilidad de una u otra medida cautelar. Es decir, con este precepto se permite la denominada tutela cautelar genérica que ofrece la posibilidad de ser concretada en cada caso en función de las condiciones expuestas y cuando se entienda que cumple o puede cumplir las expectativas cautelares en relación con su naturaleza instrumental respecto del proceso correspondiente.

B) *Obra nueva perjudicial y daño temido*. También el legislador en el art. 336. II CPC ha querido referirse a un supuesto especial, referido al supuesto de que la demanda “persiga la demolición de una obra en ejecución que daña la propiedad o la posesión del demandante” (esto es, la situación jurídica cautelable consistente en una condena a un hacer no personalísimo). Se permite igualmente a la autoridad judicial que disponga la paralización de los trabajos de edificación. Esta medida cautelar consiste en un hacer, por cuanto supone dejar de hacer lo que se estaba haciendo, dado que si no hago nada, los trabajos de edificación continuarían. En este caso, pensar en un embargo no garantizaría la pretensión del actor y sí otro tipo de medida como la que aquí se refiere el legislador:

De igual manera el legislador hace referencia a la posibilidad de que pueda ordenarse las medidas de seguridad que se dirijan a "evitar el daño que pudiera causar la caída de un bien en ruina o una situación de inestabilidad". Se trata de medidas asegurativas de una situación en la que concurre un peligro cualificado o si cabe específico, no genérico, que se asienta en el posible daño, muy probablemente mal reparable –aun cuando lo fuere- si se produce la caída o derrumbe de un bien que por su estado ruinoso o inestable pueda preverse este devenir.

C) *Abuso de derecho*. El tercer supuesto que de forma expresa viene encuadrado en esta tutela genérica amplia que no específica es el abuso de derecho, de modo que si una demanda versa sobre el ejercicio abusivo de un derecho, se permite *ex lege* que la autoridad judicial pueda dictar medidas indispensables "para evitar la consumación del perjuicio irreparable". Son conceptos que reflejan un estado de necesidad que permite:

a) Por un lado que sea el juez el que pueda adoptar las medidas.

b) Que sea el juez el que decida qué tipo de medida adaptable al caso.

c) Que concorra, más allá del peligro genérico un peligro específico y cualificado, en cuanto se le añade, como en otros supuestos, la idea de la irreparabilidad y la idea de la evitabilidad del daño. Conceptos como evitable e irreparable son conocidos y muy estrechamente vinculados al significado de la tutela cautelar.

d) Todo ello sin olvidar que en este caso *el fumus boni iuris* debe girar en torno a la cuestión de la concurrencia de una demanda en la que se denuncia la posible existencia de un abuso de derecho y de una verosimilitud o probabilidad e estimación de la pretensión como elemento fundamentador de la adopción de la medida.

En este ejercicio de abuso de derecho las posibilidades son múltiples. Cabe medidas que afectan al sector económico como las medidas de cesación provisional o abstención temporal de una actividad de producción o comercialización podría entrar en este grupo (competencia, competencia desleal, infracción derecho de patentes, marcas, diseños...). También en abuso de derecho las que tienden a paliar y evitar la explotación de los derechos de propiedad intelectual como los que ampara a un cantante-compositor famoso que escribe letras y las canta y con las que gana mucho dinero pero se explotan por otros aprovechando su fama, de modo que cabría adoptar medidas tendentes a evitar o paliar este abuso de derecho cometido por los infractores.

D) *Derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz*. En el ámbito de estos derechos fundamentales referidos a la persona en cuanto tal –intimidad- o en cuanto a sus atributos –imagen, en abstracto, o voz, en concreto- también el legislador ha querido

introducir una desviación cautelar o si cabe una incorporación a los supuestos de excepcionalidad a que se refiere el CPC en este precepto. Es por ello que se establece que cuando la demanda se refiera a "reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida personal o familiar, así como la preservación y debido aprovechamiento de la imagen o la voz de una persona, la autoridad judicial podrá dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada". ¿Cuáles serán las condiciones de esta excepcionalidad?

a) La situación jurídica cautelable girará en torno a la concurrencia del derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz, que vinculados a la apariencia de buen derecho comportarían una suerte de "humo" en la posible concurrencia y estimación de la pretensión ejercitada por el actor en su demanda referida a estos derechos.

b) Específicamente se referirá al posible reconocimiento o reparación o evitación de un mal a alguno de estos derechos, dado la naturaleza de derechos personalísimos, que afectan a la vida personal o familiar; o bien a la imagen o la voz.

c) Se deja abierta la puerta a que sea la autoridad judicial la que a la vista de los fundamentos y las circunstancias que concurren, se adopte una u otra medida cautelar; desde el valor que se otorgue a la naturaleza y a las circunstancias de la situación que se presente.

d) Estas medidas pueden ser no solo de gran valor para garantizar la efectividad de la tutela que se requiere en el proceso principal, sino que son fundamentales para evitar la continuidad en la infracción o lesión de estos derechos. Y en ese contexto nos podemos encontrar con medidas anticipatorias de la sentencia, como la paralización de un video o de la publicación de una revista o periódico, la evitación de una publicidad etc., en cuyo caso se está produciendo y accediendo a una tutela anticipatoria en la que el equilibrio es mucho más favorable respecto del que alega concurrencia de una lesión a estos derechos respecto de aquellos frente a los que se dirige o se va a dirigir la demanda principal.

V. ¿OLVIDO DE LA CAUCIÓN SUSTITUTORIA PARA IMPEDIR LA PRÁCTICA DE LA MEDIDA CAUTELAR O VOLUNTAD DE NO RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA MISMA?

En algunos ordenamientos jurídicos se ha reconocido como algo especial la denominada caución sustitutoria de la medida o si se quiere la sustitución de la posible medida cautelar solicitada o adoptada por caución. Que no la regule, no significa que no sea posible su adopción en Bolivia.

Ahora bien, no podemos olvidar los fundamentos o cimientos esenciales sobre los que se asienta no solo el proceso cautelar sino el proceso civil mismo que se

ha querido pergeñar en el nuevo modelo procesal civil. Y desde este punto de vista encontramos siquiera sea un hilo fino que permite la permeabilidad a este tipo de medida o situación de sustitución de la medida cautelar por caución, y es la que se deriva de la aplicación del principio general que se otorga a la autoridad judicial en el art. 314 CPC al considerar que podría disponerse de otra medida cautelar “diferente o menos rigurosa si lo estimare suficiente para la protección de los derechos”. Se trata de una puerta abierta a esta posibilidad, no siendo elemento discriminatorio que favorezca a quienes tienen dinero y perjudique a quienes no lo tienen. En consecuencia, es posible, pero siempre desde coordenadas de excepcionalidad.

VI. PROCEDIMIENTO CAUTELAR. IDEAS GENERALES.

Pese a la denominación de “proceso cautelar” creemos que el legislador boliviano no ha querido dar el paso real para convertir el cautelar en verdadero proceso. Al menos tenemos la sensación de que se ha quedado a mitad camino, en cuanto no ha ofrecido una regulación propia de un proceso al ejercicio de la pretensión cautelar. Pese a iniciar la regulación con un guiño al proceso cautelar, lo cierto es que la ausencia de éste en su regulación deja un tanto insatisfechos a los lectores. ¿Por qué afirmamos esto?

I. Crítica inicial.

No se ha recogido en la reforma una regulación específica, clara, precisa, en torno al desarrollo procesal y procedimental del proceso cautelar. E insistimos que si se ha querido cambiar la denominación en el Título II dándole el de “Proceso cautelar”. El cambio nos pareció desde el principio muy positivo. Así, se inicia con cierto impulso de cambio, pretendiendo otorgar una autonomía que debería y debe ser propia del cautelar; pero en el desarrollo del articulado de la ley el legislador no se ha atrevido a revolucionar el mundo de las cautelares, dejando abierta la interpretación, aun cuando con la fijación de unos límites que, cuanto menos, chirrían en la concepción moderna del proceso y especialmente del proceso cautelar; y diríase que incluso contradicen el sentir general de los principios acuñados en los preceptos iniciales del nuevo Código.

Resulta cuanto menos muy discutible pensar en un proceso cautelar en el que tan solo se oye a una parte, tan solo participa una parte y se adopta o no la medida o medidas pensando, escuchando y determinando según lo que la parte pida y aporte como mecanismo de sustento de su petición. Se produce una esquizofrenia legislativa, una bipolaridad, que se refleja en un título que pretende dar el salto, las cautelares se convierten en una modalidad de tutela del ciudadano, una garantía del desarrollo del proceso, se permiten medidas anticipatorias, se permiten medidas incluso sin caución...pero todas estas reglas, todas estas normas, generan ineludiblemente un enorme desequilibrio en la parte que va a soportar las medidas, dado que a ella el

legislador no les ofrece compensación, elementos de equilibrio, ellas se hallan en un estado de invisibilidad que puede generar indefensión. Ésta es la mayor falencia que observamos en la regulación de estos preceptos y quizás la experiencia y el paso de los años lleven a la necesidad de reconsiderar esta regulación y a introducir una suerte de equilibrio, de garantías para ambas partes, que no lleven a la condena cautelar sin sentencia (porque no la hay, sino auto), sino a la posibilidad de ser oído, bien antes de adoptar la medida (que parece la solución más acorde con un proceso tan ágil como el que se pretende instaurar en el nuevo modelo procesal) o bien después pero inmediatamente. De lo contrario es una condena sin haber sido oído, lo que supone un claro atentado a la tutela efectiva de los ciudadanos.

Es más, el legislador no quiere tampoco llegar a esta situación. De hecho, cuando en el art. 321 se refiere a la posible modificación de las medidas, éstas no solo pueden solicitarse por el actor, sino también por el deudor; dado que según dispone el art. 321.2, “el deudor podrá solicitar el cambio de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantizare suficientemente el derecho del acreedor: De la misma manera podrá pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor o la reducción del monto por el cual la medida cautelar hubiere sido dispuesta, siempre que corresponda”. El legislador sabe de la necesidad de otorgar un equilibrio en el tratamiento que se otorga a ambas partes en el proceso cautelar; no negando las opciones de ser oído de quien debe soportar la medida, sus argumentarios y por supuesto las posibilidades de cambios en las cautelares consecuencia de sus aportaciones y de no perder la idea fundamental de que las medidas se basan en un “humo” que no ofrece nitidez absoluta a la hora de otorgar medidas cautelares.

Por todas estas reflexiones iniciales no se entiende la ausencia de una regulación procesal común en el ámbito de la adopción de la tutela cautelar; que puede, perversamente, volverse en su contra y llevar en el futuro a situaciones no deseadas que permitan incluso regulaciones específicas en cada una de las medidas o en determinadas medidas en lo que a su tramitación procedimental se refiere; o a interpretaciones plurales y diversas según sea el operador judicial que las deba otorgar.

Esa opción del legislador boliviano choca con una posición diversa mantenida en la mayor parte de los países que han incorporado un nuevo código procesal basado en un modelo eminentemente oral, eficiente y que ofrezca a los ciudadanos una justicia pronta y eficaz, garante de los derechos que la ciudadanía reclama a los tribunales. Uno de los impulsos que se han venido realizando en la mayor parte de los códigos procesales modernos ha sido la regulación de un procedimiento cautelar uniforme, válido para cualesquiera que fuere la medida y con esta nueva regulación, la desaparición de la dispersión normativa. Así se han incorporado a estos Códigos

procesales civiles lo que se ha denominado el “Procedimiento para la adopción de medidas cautelares”, que en el Código boliviano no se ha incorporado.

Podemos, sin embargo, y pese a estas graves ausencias del Código boliviano, ofrecer una respuesta en consonancia con la interpretación integradora del Código, de modo que si el legislador quiso denominar al cautelar como proceso, es más que razonable que el desarrollo de este proceso, ausente en el tenor literal del Título II, se esté a los principios esenciales del nuevo Código y desde luego se respeten los elementos que dan sustento al proceso civil: dualidad de posiciones, contradicción e igualdad.

Eso significa que cualquier juez que pueda asumir la competencia en materia cautelar, podría construir su proceso cautelar desde las normas que conforman el proceso civil declarativo y, por tanto, asumiendo una necesidad, en todo caso, de cumplir con la contradicción, aunque sea diferida, esto es, otorgando la posibilidad mediante una audiencia, *postmedida*, al demandado, para que pueda defenderse frente a la medida adoptada, la no justificación de los presupuestos alegados por el actor en su demanda, la petición de variación de la medida por otra, etc. Esto es, en suma, el ejercicio del derecho de defensa que debe garantizarse en todo proceso que sea tal proceso y en el que necesariamente se respeten los principios de dualidad de posiciones (demandante y demandado), principio de contradicción (sea previa o diferida) y principio de igualdad (otorgando a las partes en el proceso los mismos derechos, las mismas cargas y las mismas obligaciones). Otra posición la vemos absolutamente indefendible. No obstante, animamos al legislador a clarificar esta posición e integrar siquiera sea unas reglas procedimentales que permitan garantizar a ambas partes los mismos derechos.

2.A instancia de parte.

Para la adopción de una medida se requiere instancia de parte, no siendo posible la adopción de oficio de la tutela cautelar. El significado de esta afirmación ha sido realizado a lo largo de nuestra exposición. Las medidas cautelares, en cuanto proceso cautelar civil, se rigen por el principio dispositivo, de manera que no tiene sentido hablar de un proceso de oficio, como tampoco tiene sentido que en materia civil el proceso cautelar lo sea de oficio. Es contrario a su propio significado. Y además, a esta afirmación no se opone el hecho de que se le otorgue una cierta potestad al juez en materia de medidas cautelares, a la hora de valorar si la medida es la más adecuada o proporcionada a las circunstancias concurrentes pero ello no significa que de oficio se adopte la medida cautelar. Tampoco altera este principio general y la afirmación de la oportunidad de las medidas por las partes cuando el art. 314 CPC incorpora una suerte de facultades de la autoridad judicial que permiten limitar la medida o disponer otra diferente o menos rigurosa si lo estima suficiente para la protección de los derechos.

El art. 310 como punto de partida de la adopción de las medidas cautelares a solicitud de parte refleja cuanto hemos venido exponiendo. Se intitula "Oportunidad", en cuanto recoge en esencia cuanto hemos venido proclamando, y esencialmente que "las medidas se decretarán únicamente a instancia de parte, bajo responsabilidad de quien las pidiere, salvo que la ley disponga lo contrario". Con este precepto se insiste en el papel esencial que las partes tienen en el proceso, en cuanto son las que piden, son las que responden por lo pedido y ante lo pedido y solo pueden versar sobre aquello que es de las partes, sean bienes o sean derechos.

Esa consideración de la tutela cautelar "a instancia de parte" permite favorecer igualmente la asunción de responsabilidad de quien la pide, siempre que se den las coordenadas expuestas en el art. 323 CPC. De este modo, cuando se hubiere dispuesto una medida cautelar que posteriormente se levante como consecuencia de ser considerada como un abuso del actor o bien que el solicitante se excedió en su derecho para obtenerla, se asumirá la condena al resarcimiento de daños y perjuicios si la parte "soportante de la medida" así lo solicita. Es por ello que, en suma, se trata de un precepto que proclama la responsabilidad de quien se excede y consigue, durante la pendencia del proceso, la adopción de medidas que causan un evidente daño o perjuicio a quien la padece. La libertad de elegir y decidir solicitar medidas cautelares tiene como contrapartida la posible asunción de responsabilidad por el exceso de las mismas.

3. Momento para solicitar medidas.

Afirmado lo anterior, resulta de interés verificar en qué momento se pueden solicitar las medidas cautelares –y adoptar, obviamente-. El legislador boliviano dispone en el art. 310:

"1. Las medidas cautelares podrán solicitarse antes de la demanda o durante la sustanciación del proceso.

2. Cuando se planteen como medida preparatoria de demanda, caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda principal dentro de los treinta días siguientes de habérselas ejecutado. La autoridad judicial de oficio dispondrá el levantamiento de las medidas cautelares, condenándose a la parte demandante, si hubiere lugar, al pago de daños, perjuicios y costas".

El legislador, en consecuencia, asume que los momentos en que esta solicitud puede formularse son antes, con y después de la demanda del proceso principal.

A) Antes de la demanda.

La solicitud de medidas cautelares antes de la demanda del proceso principal debe formularse mediante escrito en el que, dado que se trata del primer escrito

realizado por las partes, habrá que: 1º) Determinar el tribunal al que se dirige el escrito; 2º) Identificar a los sujetos activo y pasivo; 3º) Fundamentar la medida; y 4º) Expresar la medida concreta que se pide.

La razón de todas estas exigencias no es otra que no existe proceso declarativo aun, pese a que el cautelar se inicia para garantizar el que va a iniciarse posteriormente que es el declarativo. Es por ello que los requisitos de este escrito son mayores que cuando las medidas se solicitan estando pendiente el proceso declarativo principal. Ahora bien, en el caso de solicitar medidas cautelares *ante causam* se ciñen esencialmente a la fundamentación, por cuanto ésta debe ser doble: por un lado, general, referida a los presupuestos; y, por otro, especial, en cuanto deberá razonarse la urgencia o necesidad de la adopción *ante causam*.

La adopción de las medidas antes de la interposición de la demanda del proceso principal condiciona la incoación del mismo, de modo que la demanda principal deberá interponerse dentro de los treinta días siguientes a la ejecución de las medidas. No se dice desde la adopción, sino desde la ejecución de las mismas (art. 310.II). Así, De si en el plazo de treinta días no se interpusiese la demanda, debe entenderse que se producirá la caducidad de pleno derecho de la medida, lo que no es sino la necesidad de que se decrete el alzamiento o la revocación de los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados para la ejecución de la medida, condenando al solicitante cautelar al pago de todos los gastos del proceso y declarándole responsable de los posibles daños y perjuicios que se hubieren podido ocasionar al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas. Esta es una de las múltiples medidas facilitadoras y sancionadoras de manera que el CPC está incorporando una suerte de equilibrios entre ambas partes: si bien favorece que el futuro demandante, que aun no lo es al no haber proceso declarativo principal, pueda interponer la petición de tutela cautelar sin existir todavía proceso al que garantizar; también debe equilibrar el daño y posibles consecuencias que pueden derivarse para quien debe soportar la medida o medidas cautelares que pueden adoptarse sin proceso principal en marcha. Ese equilibrio queda cubierto en la regulación que se hace en el CPC en el art. 310.

B) Con la demanda.

La solicitud de la medida se efectuará de ordinario junto a la demanda del proceso principal. Formalmente en un mismo escrito se formularán, pues, dos demandas: una, la del proceso principal, y la otra, la del cautelar. Los requisitos de las dos son comunes, distinguiéndose claramente entre una y otra demanda.

Además de la presentación formal con escritura, junto a la demanda, deberá determinarse la medida o medidas que pretendan adoptarse así como su alcance. Y esa petición deberá ir conectada con la presentación de los "presupuestos legalmente exigidos para su adopción" (art. 311), que deberán acreditarse por los

medios que conoce el ordenamiento jurídico, aun cuando el legislador se ha referido solo a la vía documental.

C) Con posterioridad a la presentación de la demanda.

En la medida en que el CPC está permitiendo en su art. 310 que las medidas cautelares se soliciten durante la sustanciación del proceso, está abriendo la viabilidad a la petición de tutela cautelar con posterioridad a la presentación de la demanda, incluso pendiente un recurso –haciendo una interpretación expansiva de sustanciación del proceso e incluyendo en el mismo a los recursos pendientes-, si bien en estos casos parece razonable entender que se admitirá con carácter restrictivo, esto es, sólo cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en estos momentos. Al no prohibirse, entendemos que está permitiéndose la posibilidad de plantearlo en estos momentos posteriores.

D) Algunas exigencias comunes a todos los momentos procesales.

Cualquiera que fuere el momento en que se ejercita la pretensión cautelar, la solicitud deberá atender a tres requisitos: 1º) Claridad; 2º) Precisión; y 3º) Justificación de los presupuestos para su adopción. Los dos primeros requisitos —claridad y precisión— se refieren a la petición como elemento compositivo de la demanda, y suponen la necesidad de que en la solicitud se establezca la petición de manera tal que quede delimitado el ámbito dentro del cual debe moverse el órgano competente para decidir, no pudiendo dar cosa distinta, ni más de lo pedido, por aplicación del principio dispositivo. Insistimos en la definición del cautelar como proceso, a que se refiere el Título II. El tercer requisito comporta la necesidad de justificar la concurrencia de los presupuestos exigidos legalmente para la adopción de la medida, para lo cual se acompañarán los medios necesarios para su acreditamiento, tanto los de carácter documental como aquellos que, no siéndolo, puedan servir a los mismos fines.

En los supuestos en que la contracautela juega como presupuesto (art. 320), deberá en el escrito de petición de la medida o medidas cautelares ofrecerse la prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituirla y con justificación del importe que se propone.

Presentada la solicitud de tutela cautelar, se incoa el proceso cautelar. Es por ello que se entiende que la petición de las medidas genera la apertura del proceso cautelar, ora antes de la demanda del proceso principal pero con vocación futurible de acumulación de procesos, ora como procesos acumulados mediante la vía de la acumulación inicial –proceso declarativo principal y proceso cautelar instrumental del proceso declarativo principal-. Ante la ausencia de regulación de la sustanciación (solicitud de medidas) así como para la modificación, sustitución o cese, y aun

constituyendo pieza separada (procedimentalmente hablando) se deberán tomar como reglas procedimentales las que se regulan con carácter general en el proceso declarativo con el que o al que se acumula.

No por ya afirmado debe no ser reiterado que precisamente porque estamos ante un proceso propio es por lo que se exige uno de los principios esenciales y consustanciales a la idea de proceso que es el principio de contradicción. En la tutela cautelar debe estar presente no solo la existencia de las dos partes –principio de dualidad de posiciones-, no solo el principio de igualdad, como hemos visto en diversas ocasiones respecto del tratamiento que se le da a las partes en el proceso y en la regulación del proceso en el CPC, sino que se exige el cumplimiento del principio de contradicción. Ello no es óbice a interpretar y entender este principio de contradicción de forma distinta a la consideración del mismo en el proceso principal, a saber; es posible que la contradicción sea previa o bien que se diferida, pero contradicción debe existir en todo caso. Y solo desde esta afirmación es posible interpretar y aclarar las disposiciones que el legislador boliviano ha incorporado en la regulación del procedimiento cautelar:

4. Contradicción previa-contradicción diferida.

Si nos atenemos al art. 315 CPC deberíamos afirmar que el demandado no existe en el cautelar y que la medida se debe adoptar siempre sin audiencia de la otra parte. Pero aun cuando esa pudiere ser la primera interpretación que hagamos, no es posible sostenerla por algunos de los argumentos esgrimidos, amén de por una necesidad ineludible de interpretación integral del modelo procesal, que impide esa afirmación.

El art. 315 CPC dispone:

“I. Las medidas cautelares se decretarán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente ni observación planteados por el destinatario de la medida podrá impedir su ejecución.

II. Si el afectado con las medidas cautelares no hubiere tenido conocimiento de ellas a tiempo de su ejecución, será notificado dentro del plazo de tres días computables desde su ejecución.

III. De la valoración de la prueba ofrecida, la autoridad judicial resolverá fundadamente la admisión o rechazo de la medida”.

Insistimos, la afirmación primera de que las medidas cautelares se decretarán sin audiencia de la otra parte creemos que debe interpretarse de forma diversa a como se expresa, esto es, se decretarán sin audiencia *previa* de la otra parte. Esto es

diverso de lo que dice pero es lo que entendemos ha querido manifestar el legislador. Reflexiones en relación con esta idea son las que a continuación exponemos:

1º) En primer lugar, se arrastra históricamente la idea de que las medidas cautelares se asientan para ser efectivas en el factor sorpresa, lo que lleva a la necesidad de que el sujeto pasivo no tenga conocimiento de la petición de las mismas o de la adopción de las mismas, evitando de este modo actuaciones torticeras que impidan o hagan ineficaz la adopción de la medida. Ciertamente esta afirmación es realista y obedece a la garantía de la garantía, a saber, es una manera de garantizar que las medidas, instrumentos garantizadores del proceso y de la eficacia de la sentencia, cumplan su cometido y no queden en "papel mojado".

2º) Ahora bien, mantener que la medida se adopte *inaudita parte debitoris*, es decir, sin oír previamente a la parte contraria, no implica negar la posibilidad de ser oída la parte. Afirmar que la medida se adopte de este modo exige, en cualquier caso, oír de forma diferida a la parte contraria.

3º) Las formas en que esta audiencia diferida se pueden realizar son diversas y pueden ir desde la posibilidad de plantear contra el auto que adopta la medida cautelar *inaudita parte debitoris* un recurso, hasta la posibilidad de plantear la existencia de un procedimiento de audiencia *ex post* medida, que ofrezca la posibilidad de que el demandado puede alegar o, si cabe, contra-alegar cualesquiera de los argumentos que permite el ordenamiento jurídico para contrarrestar las alegaciones efectuadas por el actos en la pretensión cautelar; y con cualesquiera de los medios probatorios permitidos en derecho. Solo de ese modo es posible garantizar los principios esenciales del modelo procesal y en concreto el art. I en sus numerales 13 y 15 referidos a los principios de igualdad procesal y de contradicción. Negar esta posibilidad es negar la esencia misma del proceso y convertir la pretensión cautelar y su decisión judicial posterior en una vía inquisitorial que en absoluto se pretende por el nuevo Código.

4º) Repárese que uno de los preceptos que recoge el Código en el que se pone de manifiesto esta posibilidad de oír al demandado *ex post* medida es el art. 321.II, en el que se regula la posibilidad de que el demandado solicite el cambio de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que se siga garantizando el derecho del acreedor; e incluso se permite la sustitución por otros bienes del mismo valor o la reducción del monto por el cual la medida cautelar hubiere sido dispuesta, siempre que corresponda. Con este tenor literal se está acogiendo esta posibilidad de ser oído el demandado tras la medida cautelar, reclamando una suerte de cambio de medida o de objeto sobre el que se afecta la medida, lo que implica una aceptación de esa contradicción *a posteriori*.

Se trata, en suma, de entender que el legislador boliviano, pese a asumir como punto de partida la adopción de medidas *inaudita parte debitoris*, no por ello se niega la posibilidad de ser oído, siquiera fuere bajo la fórmula de la denominada contradicción diferida. Uno de los argumentos jurídicos que podemos apuntar en este punto y que reflejan ese nivel de duda que esta cuestión ha provocado en la *mens legislatoris* a la hora de configurar el régimen de contradicción previa o diferida es que si bien en el artículo referido la claridad a favor de la no contradicción previa es absoluta, también es cierto que cuando se regula la posible modificación de la medida adoptada se incorpora la contradicción previa en el art. 321.III al establecer precisamente que la resolución de modificación de la medida se adopta previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días (debe entenderse para que la otra parte pueda manifestar lo que estime pertinente en torno a la situación cautelar planteada de contrario). Si esta contradicción previa está presente al modificar la medida, no es en absoluto disparatado –antes al contrario– que la medida se adopte tras dar traslado a la parte no solicitante de la medida cautelar; en cuanto será esa otra parte la que se verá compelida, afectada, etc. por la posible tutela cautelar que se adopte.

Lo que podría ser objeto de crítica es este posicionamiento radical inicial del legislador boliviano por entender y aceptar solo en su regulación de forma explícita la medida cautelar sin oír a la parte demandada antes de su decreto, y sobre todo no acoger, siquiera en régimen de excepcionalidad, la posibilidad de la medida cautelar con contradicción previa, como se ha hecho en numerosos países que han incorporado en esta última década modelos procesales modernos, basados en la oralidad, en la concentración, en la publicidad, en la inmediación y sobre todo otorgando un instrumento de tutela cautelar que pretende asentarse en la atribución de la función de garantías con la que nace el nuevo proceso civil.

En estos otros modelos se suele incorporar; regulada de forma minuciosa, una tramitación a través de audiencia (siendo coherente con todo el modelo incorporado), cuyas notas fundamentales son:

1º) Admitida la solicitud, el tribunal convocará a las partes a una audiencia con carácter preferente, que se celebrará dentro del quinto día hábil a la notificación.

2º) El contenido de la vista consistirá en:

a) Las alegaciones del demandante y demandado, exponiendo cada uno lo que les convenga a su derecho, sin exclusión;

b) La práctica de las pruebas, que se admitirán si son pertinentes, haciéndose especial referencia a la necesidad de considerar las circunstancias concurrentes y la

necesidad de sumariada con que debe celebrarse la audiencia. Se favorece aquellos medios de prueba que vayan a ser de fácil práctica en el acto de la audiencia;

c) Cabe referenciar en la vista a las cauciones (contracautelas). Por un lado, servirá la vista para formular alegaciones relativas al tipo y a la cuantía de la caución para responder de los posibles daños y perjuicios que la adopción de la medida pudiera causar al patrimonio del demandado; y por otro, podrá solicitarse la sustitución de la posible medida cautelar que se acuerde por la caución sustitutoria de la medida;

d) Las infracciones que se hubieran producido en la audiencia podrán ser protestadas por las partes a los efectos de motivar el recurso contra el auto que resuelva sobre las medidas cautelares. Al tratarse de un cauce oral permite protesta, que se hará constar en el acta o a través de los medios electrónicos que se desarrollen, lo que podrá llevarse al argumentario del posible recurso que se plantee contra el auto en virtud del cual se adoptan las medidas cautelares.

No existe, sin embargo, en la regulación boliviana algo semejante a lo expuesto, ni tan siquiera en la breve referencia a la contradicción previa que se acoge en el supuesto de modificación de la tutela cautelar ex art. 321 CPC. Invitamos, por ello, al legislador boliviano a una reflexión que lleve a modificar la regulación y dar cobertura a esta vía. Todo ello y sin perjuicio de considerar que la adopción de las medidas es con carácter general con contradicción diferida, sin que ello implique una infracción de este principio. Esta opción no es lo común en la mayor parte de las legislaciones, sino la contradicción previa, como regla general, y como excepción, la adopción *inaudita parte debitoris*, bajo el fundamento de razones de urgencia o de necesidad que se sostendrían en el peligro de no adoptarse de forma sorpresiva o bien porque podría ésta quedar en peligro si, aun adoptándose la medida, ésta no hubiera podido paliar el efecto pernicioso que conlleva el conocimiento por parte del demandado de la existencia de una demanda cautelar, colocándose en situación de hacer imposible o inútil por ineficaz la adopción de la tutela cautelar.

Incluso más. En la mayor parte de los sistemas procesales se exige que la resolución que adopta la medida sin audiencia previa deberá motivar, por un lado, la presencia de los requisitos para la adopción de la medida y, por otro, las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

En conclusión, la situación actual en Bolivia es que las medidas se adoptan con carácter casi exclusivo *inaudita parte debitoris* (art. 314.I.1), aun cuando debamos entender que de una u otra forma el juzgador debe hacer un esfuerzo integrador por darle opción al demandado de que manifieste su posición respecto de la tutela cautelar que soporta, al ser antinatural desde el punto de visto jurídico. La opción mejor hubiera sido que se regulase en la ley la manera de realizar ésta y que ofreciera

las garantías de igualdad en el trato de todos los ciudadanos bolivianos, de manera que fuera la ley la que se aplicase.

La ausencia de norma va a dar lugar, por un lado, a una posible interpretación cortoplacista, a saber, que la ley solo deja abierta la puerta a la adopción de medidas por petición, alegación y prueba de una parte –la actora- y sin oír ni antes ni después a la demandada, lo que quebranta el modelo democrático de derecho, si bien también permite asumir un rol absolutamente garantista que proteja y permita que ambas partes sean oídas, pero para ello habrá que *inventar*, desde la interpretación racional, justa y lógica del juez, la vía y manera de conseguir ofrecer esta solución. La diversidad de trato ante el silencio de la ley no es la mejor de las soluciones.

Es por todo ello que efectuamos la sugerencia al legislador boliviano para que contemple la posibilidad real y sobre todo la manera de hacer realidad el ejercicio del derecho de contradicción al demandado. Es una necesidad ineludible si se pretende ser coherente con la nueva posición adoptada por el mismo.

VII. RESOLUCIÓN CAUTELAR.

La decisión del tribunal sobre la solicitud de las medidas cautelares reviste la forma de auto motivado (art. 315 CPC en relación con art. 211 y 210 CPC¹⁹).

I. Plazo.

El legislador boliviano no ha recogido explícitamente el plazo para proceder a acordar o denegar la tutela cautelar mediante la resolución judicial. En la mayor parte de los ordenamientos se ha fijado un plazo propio para evitar dilaciones excesivas en el tiempo. Incluso podría haberse empleado de forma explícita aquí una referencia a que se dicte la resolución “sin dilaciones excesivas”. De ahí la recomendación que efectuamos de fijar plazo para dictar la resolución en el proceso cautelar; sea ésta estimatoria o desestimatoria de la pretensión art. 212 CPC que establece que los autos (sean interlocutorios o sean definitivos, que serían así los que deberíamos considerar a efectos de la tutela cautelar) serán dictados en el plazo máximo de cinco días. Es un plazo razonable en atención a la naturaleza especialmente urgente -y, por tanto, de no demora- que conlleva la decisión de adoptar o no adoptar una o varias medidas cautelares pendiente el proceso principal.

19 No se dice de forma expresa en ninguno de estos preceptos que la resolución revestirá la forma de *auto*, si bien queda clarificado al integrar todos los preceptos, amén de entender qué es el proceso cautelar y la naturaleza de la tutela cautelar pretendida. Si se tiene en cuenta la función de garantía que la adopción o la denegación de una medida cautelar comporta, es obvio que ni la providencia ni el auto interlocutorio sería lo adecuado, sino el auto definitivo a que se refiere el art. 211 CPC y ello por cuanto se pretende no resolver la cuestión del proceso principal empero sí una cuestión que afecta a derechos, que requieren sustanciación. Y ello pese a que se remite al art. 210 para la determinación de los requisitos necesarios de la resolución.

Pese a todo, consideramos conveniente que en el futuro se regulen los días en que se considera que debe el juzgador proceder a adoptar la decisión que estime o no la tutela cautelar solicitada.

2. Contenido de la resolución.

El contenido de la resolución puede ser estimatorio (accediendo a la solicitud de la tutela cautelar) o desestimatorio (denegándola). En cualquier caso, entendemos que las consecuencias que se producen por la estimación o desestimación de la pretensión cautelar son tales que requieren de la pertinente motivación. No en vano repárese que en la obtención de tutela efectiva, de acceso a la justicia que proclama el Código procesal civil no puede sino conseguirse mediante la fundamentación de lo otorgado o denegado judicialmente, máxime cuando parece del tenor literal estricto deducirse esa adopción cuasi sin contradicción previa que de forma generalizada parece propugnar el legislador. Así también lo ha venido incorporando el legislador boliviano en el art. 315.III: “De la valoración de la prueba ofrecida, la autoridad judicial resolverá fundadamente la admisión o rechazo de la medida”.

Recuérdese lo trascendental de la motivación de las resoluciones judiciales, clara manifestación de la función jurisdiccional y de su vinculación a la Ley, de modo que “el derecho constitucional del justiciable a exigirla se funda en que el conocimiento de las razones que conducen al órgano judicial a adoptar sus decisiones constituye instrumento, igualmente necesario, para contrastar su razonabilidad a los efectos de ejercitar los recursos judiciales que procedan y, en último término, a oponerse a decisiones arbitrarias que resulten lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva”²⁰. Obviamente cuando se hace referencia a esta exigencia de motivación no se trata ni se exige un razonamiento exhaustivo y pormenorizado sobre todas las alegaciones y opiniones de partes, ni todos los aspectos y perspectivas que se planteen, siendo a este respecto suficiente que se exprese la razón causal del fallo, consistente en el proceso lógico-jurídico que sirve de soporte a la decisión, lo que no es obstáculo a la parquedad o brevedad de los razonamientos, siempre que evidentemente se permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que han servido al juez para fundamentar su decisión. Y esa idea de motivación es extrapolable al ámbito cautelar también.

Entiendo, desde parámetros que exceden muy probablemente de lo que expresamente señala el legislador, que la decisión cautelar debería fundamentarse:

1º) Por un lado, en el caso de que la medida se adopte *inaudita parte debitoris*, debería motivarse: que concurren los presupuestos necesarios para adoptar la

20 Entre otras resoluciones españolas, AAP Guadalajara 2 febrero 2005 (JUR 2005, 92352), o AAP Santa Cruz de Tenerife 23 septiembre 2002 (JUR 2003, 35710).

medida y justificar que concurren razones suficientes para hacer aconsejable acordar la medida sin oír a la contraparte. A la motivación del auto se refiere el art. 210 CPC. A la exigencia de justificación de adopción de la medida sin contradicción previa no se refiere el legislador o más bien, antes al contrario, es la posición más común que se asumirá ateniendo a ser la regla que establece específicamente el legislador boliviano.

2º) Por otro, si integrando todos los preceptos del Código el juez entendiere necesario realizar una suerte de audiencia previa, siquiera fuere de forma muy breve pero para dar debido cumplimiento del principio de contradicción antes de adoptar la medida cautelar, con el fin de poder fundamentar su decisión atendiendo a las aportaciones, alegaciones y pruebas de ambas partes, no se haría necesario motivar o justificar una decisión con solo oír a una parte, sino tan solo justificar la decisión cautelar adoptada en atención a la concurrencia o no de los presupuestos para adoptar las medidas cautelares. En consecuencia, habrá que concretar sí se han acreditado o no los presupuestos, la procedencia o no de todas o de algunas de las medidas cautelares, e incluso la exigencia o no de la caución. Así:

a) *Si el auto es estimatorio.*

Debe fijarse por el tribunal con toda precisión, por un lado, la medida o medidas cautelares que se acuerdan y su régimen o "alcance" de la medida o medidas (art. 314). Y en todo caso, dentro de los límites de la congruencia judicial, que exige valorar la gravosidad de la medida y la eficacia garantista en relación con el proceso y con la posible resolución que en su día se dicte, deberá moverse el juzgador y motivar fundadamente las razones de ello.

Cuestión diversa, sin embargo, es la posibilidad de dictar una resolución adoptando medida menos gravosa (cualitativamente) que la solicitada por el actor; o adoptando menos medidas de las pedidas (cuantitativamente), siempre que no comporten modificación sustancial del objeto procesal, que pueda provocar indefensión. Situación recogida en el art. 314.I.I. En este caso, el auto debe desestimar la medida, argumentando a favor de la medida que se acuerda, sin que dicha resolución pueda tildarse de incongruente, siempre que la medida acordada esté prevista por la ley, y se hayan considerado los presupuestos para su adopción así como la adecuación entre la medida y la finalidad pretendida. Repárese que la tutela judicial cautelar; si bien pedida por el actor, también se concede en relación con el demandado, de ahí la necesidad de ponderar; bajo la proporcionalidad, la tutela que se concede, en cuanto el tribunal otorga tutela a ambos. De ahí las dificultades de interpretación y decisión del juez en el ámbito de la tutela cautelar. Y, sobre todo, de su justificación en la resolución que se otorgue.

Finalmente, y aun cuando es equívoca la posición del legislador boliviano en relación con la contracautela, dado el art. 320 CPC, en cuanto a permitir medidas sin caución, apelamos de nuevo a la razonabilidad del juzgador y a la valoración de esa proporcionalidad que exige la adopción de una medida cautelar, en cuanto ésta es una “carga” sobre el demandado sin sentencia que le condene. La medida cautelar no puede convertirse en un instrumento de desigualdad procesal de las partes, porque eso va contra un modelo procesal como el que el legislador ha aprobado en 2013, y se aproximaría más a un modelo inquisitivo. Es por ello que parece razonable que se intente asumir que el actor cuando la medida se adopta está siendo cautelarmente favorecido desde el punto de vista procesal, lo que debe compensarse en el trato de igualdad de las partes, y ese trato equilibrado puede alcanzarse mediante la exigencia de prestación de contracautela, siquiera sea simbólica, que permita equilibrar ambas partes.

Pues bien, en aquellos supuestos en los que el juez, haciendo uso de esa facultad, decida imponer una contracautela al actor, debería determinar forma, cuantía y tiempo de prestación de la caución. Deberá fundamentarse en el auto, en atención al art. 320 CPC, la exigencia o no de caución, por qué, cuánto y cuál o cuáles deben ser las cauciones más adecuadas.

Nada se dice tampoco respecto del tipo de contracautela. Ahora bien, desde la referencia legal de que “las medidas se decretarán únicamente a instancia de parte, bajo responsabilidad de quien las pidiere, salvo que la ley disponga lo contrario” (art. 310.III), debe considerarse que esa responsabilidad debe poder garantizarse mediante alguna medida, siendo lógico que sea a través de la contracautela. Puede ser dinero en efectivo, cheque certificado, cheque de gerencia o de caja, garantía bancaria o de instituciones financieras, siendo el juez el que modulará la caución, siempre respetando la proporcionalidad en relación con la capacidad patrimonial de solicitante.

b) *Si el auto es desestimatorio.*

El tribunal debe motivar las razones por las que deniega la medida solicitada. Por ejemplo, la falta de acreditación de los presupuestos necesarios para la adopción de la medida llevaría a la justificación de su denegación. Ahora bien, debe entenderse bien que esa denegación de la medida solicitada no comporta, en absoluto, una imposibilidad de acceso a la tutela cautelar, dado que el actor puede reproducir su solicitud siempre y cuando hubieren cambiado las circunstancias existentes en el momento de la petición.

De hecho, éste es uno de los posibles contenidos que pueden incorporarse a la resolución cautelar, dado que el art. 315.III así lo concluye: “De la valoración de la prueba ofrecida, la autoridad judicial resolverá fundadamente la admisión o rechazo

de la medida". Es por ello necesario motivar también el por qué no se considera necesaria la admisión de la medida, muy probablemente por no concurrir algunos de los elementos necesarios para fundamentarla en el proceso. Insistimos, sin embargo, que no puede exigirse el mismo grado probatorio que en el proceso principal, sino en términos de probabilidad, posibilidad, verosimilitud, humo, a la postre.

3. Cosa juzgada.

Una de las características de las medidas cautelares es su variabilidad (art. 314.II y 321), que ha llevado a cierto sector doctrinal a la negación de la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones cautelares. Sin embargo debe atenderse a la naturaleza de la tutela cautelar, que no es otra que la que pretende garantizar la eficacia de los resultados que puedan llegar a alcanzarse en el proceso principal, de manera que lo razonable es entender que la cosa juzgada debe predicarse de las resoluciones cautelares cuando se mantienen los presupuestos para su adopción. Lo contrario conduce a un estado de inestabilidad e inseguridad jurídica, indefendible, por otra parte²¹.

Es por ello que, siempre que se produzca el mantenimiento de los presupuestos que, concurriendo, dieron lugar a la adopción de la tutela cautelar, habría que afirmar la existencia de cosa juzgada, y ello por cuanto conservándose la misma causa de pedir, el auto cautelar debe desplegar estos efectos, excluyéndose un nuevo pronunciamiento sobre el mismo auto.

Cuestión distinta es cuando cambia el fundamento fáctico que sirvió de base para dictar la resolución cautelar, dado que en este caso nada impediría que la parte vuelva a solicitar la medida denegada, el alzamiento de la misma si fue concedida, o incluso su modificación. A esta posibilidad se refiere el legislador siempre que cambien las coordenadas-circunstancias que puedan plantearse al juzgador y hacerle cambiar de opinión en función de lo que se pueda aportar-justificar por la parte, sea demandante o sea demandado (art. 321).

4. Recurso.

Dictada la resolución cautelar, siendo ésta estimatoria o desestimatoria de la pretensión ejercitada por el actor, puede ser objeto de impugnación. Así, el art. 322 CPC dispone: "La resolución que admitiere o denegare una medida cautelar u ordenare su sustitución o modificación por otra, podrá ser impugnada por vía de apelación en efecto devolutivo".

El recurso es una suerte de contradicción, siquiera diferida, que debería resolverse con tramitación preferente para poder cumplir con las garantías requeridas en

21 Puede verse, BARONA VILAR, S.: *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil*, cit., pp. 260-261.

relación con el trato igual y equilibrio entre partes demandante-demandada en el proceso. Y debemos entender que las costas se impondrán con arreglo a los criterios generales establecidos en el Código.

5. Ejecución.

Acordada la medida, deberá procederse a su ejecución, siendo competente el tribunal que dictó la resolución, aplicando con ello una regla de competencia funcional que lleva a considerar que es el mismo órgano que la dicta, el competente para su ejecución. Poco se dispone de forma específica en relación con la ejecución de las medidas cautelares. No obstante, debemos considerar:

1º) Que para lo que no se regula específicamente en el articulado del CPC en relación con cada una de las medidas cautelares, habrá que estar a la regulación común de la ejecución de sentencias contenida en el mismo.

2º) Que el legislador se refiere de forma directa y específica a la ejecución en sede cautelar de la medida del embargo preventivo y del secuestro, si bien en este caso se remite (art. 327 CPC) tan solo a las normas comunes del Código, a saber, al Capítulo II, Título V del Libro Segundo del Código, es decir, arts. 404 y siguientes, referido a la ejecución coactiva de sumas de dinero, precisamente por la específica relación que aquellas medidas tienen de forma directa con las ejecuciones de condena dinerarias.

3º) Ello no es óbice a que en cada una de las medidas cautelares específicamente reguladas, el legislador boliviano ha querido configurar reglas de actuación, en atención al tipo de medida de que se trate. A título de ejemplo, en la intervención judicial se establece quién puede ser administrador e interventor; funciones, clases, obligaciones, honorarios, y posible remoción. Todas ellas suponen una suerte de normas de conformación-ejecución de la medida una vez ésta haya sido estimada en el auto cautelar. En el caso de la medida de anotación preventiva también el art. 325 viene a recoger unas reglas de actuación para proceder siempre en colaboración autoridad judicial-autoridad registral.

4º) En todo caso, y sin norma específica, parece razonable entender que como norma general para la ejecución de la medida cautelar se debería levantar acta firmada por todos los que han intervenido en la ejecución de la misma.

VIII. VARIABILIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR.

Entre las características de las medidas se encuentra la variabilidad, lo que no es sino la posibilidad de que, una vez dictada la resolución cautelar, sea posible modificarla. Así se desprende del art. 321, intitulado "Modificación":

“I. El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ella no cumple adecuadamente la función de garantía.

II. El deudor podrá solicitar el cambio de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. De la misma manera, podrá pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor o la reducción del monto por el cual la medida cautelar hubiere sido dispuesta, siempre que corresponda.

III. La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días”.

La solicitud de modificación de las medidas deberá fundarse en los requisitos que se exigen en cuanto a la forma en que se solicita la pretensión cautelar –ora antes de la demanda, ora en la demanda, ora con posterioridad a la misma-. No obstante, queremos matizar que cuando se hace referencia a la posible variabilidad o modificación de las medidas, son varias las vías, atendidas las diversas situaciones, que pueden producirse y generar esta variabilidad de las medidas. Así:

1º) Puede plantearse esta variabilidad en los supuestos en que la medida cautelar se adoptó y la parte demandada soportante de la medida no comparte esta decisión y acude, por ello, a la posible impugnación del auto, mediante la interposición del correspondiente recurso de apelación. Aun cuando no es el que recoge el art. 321, está sin embargo incorporado al art. 322 CPC y forma parte igualmente de esta posible variación.

2º) En los supuestos en que el demandante pide la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ella no cumple de forma adecuada la función de garantía (art. 321.II).

3º) En tercer lugar, es posible solicitar por el demandado el cambio de una medida cautelar adoptada por otra –no es impugnación sino solicitud de cambio-, alegando que le resulta demasiado perjudicial y, por tanto, solicitando una menos perjudicial a la misma, siempre que la nueva permita igualmente garantizar suficientemente el derecho del acreedor. ¿Qué significa suficientemente? Es algo que habrá que determinar caso por caso y que comportará una suerte de subjetividad evidente que, necesaria e irremediablemente, quedará en manos del órgano jurisdiccional.

De igual modo debe tenerse en cuenta que podrá pedirse en este trámite de intento de modificación la sustitución por otros bienes del mismo valor o la reducción del monto por el cual la medida cautelar hubiere sido dispuesta, siempre

que corresponda (art. 321.II *in fine*). Se trata, en suma, no tanto de cambio de medida sino del objeto sobre el que a la postre recae la misma.

4º) Cabe igualmente la posibilidad de que de oficio, o a petición de parte, se proceda a la modificación o sustitución, incluso, cese de la medida, en razón de la mejor protección de los derechos (art. 314.II), lo que confirma la idea de que las medidas nacen para extinguirse, en cuanto son provisionales y temporales, y en cuanto puedan alterarse de alguna manera los elementos que confluyeron para fundamentar la misma, puede producirse la alteración, variación de las medidas específicas. Esta facultad cuando se atribuye al juez de oficio, personalmente, considero que debe interpretarse como la excepción, de modo que en un proceso de partes, en un proceso en el que las partes son las que asumen el control, impulsan, deciden, restringen etc., no es recomendable atribuir funciones incisivas al juez, y cuando éstas se incorporan, deben interpretarse desde la excepcionalidad.

Como no puede ser de otra manera, siempre que sea petición de parte la que mueve la modificación de la o las medidas, deberá la misma presentarse como demanda de modificación de las medidas cautelares, fundándose en la alegación y prueba de hechos y circunstancias que provocan o pueden provocar esta situación. En todo caso, queremos afirmar que no es lo mismo modificación que alzamiento de medidas y ello por cuanto, si bien en la modificación se solicita un cambio de tutela cautelar por otra, en el alzamiento lo que se solicita es la no continuación de la tutela cautelar existente. El efecto es diverso, y por ello los motivos que el legislador contempla para ambos casos, también lo son.

Específicamente refiriéndonos a la modificación de las medidas cautelares, hemos de considerar:

1º) La modificación de la medida se fundamenta en la característica de la variabilidad o susceptibilidad de modificación: Los hechos y circunstancias que motivaron su adopción pueden variar, y con ellas la modificación de las medidas adoptadas.

2º) La modificación de las medidas cautelares debería, en esencia y en atención al claro principio dispositivo que rige en el proceso civil, provenir de petición de parte, no siendo posible la modificación de oficio. Sin embargo el legislador boliviano ha sido en este punto celoso de la "tutela estatal" otorgando facultades al juez para que pueda de oficio proceder a modificar las medidas cautelares en razón de la mejor protección de los derechos, siendo –a mi parecer– un contrasentido en sí mismo porque puede generar una suerte de función inquisitiva que no se justifica ni comprende en un proceso civil como el que se regula en el nuevo texto boliviano, al chocar directamente esta facultad con los principios esenciales del proceso civil, en el que lo que están en juego son fundamentalmente intereses particulares, dado

que cuestión diversa es aquel caso en el que lo que están en juego y prevalecen son los intereses públicos.

3º) La solicitud de modificación será sustanciada y resuelta, aun cuando no se refiere específicamente en la ley –y se recomienda una enmienda en el sentido de su incorporación futura- como si de una demanda se tratara, con necesidad de oír a la otra parte y por tanto en cumplimiento de un proceso contradictorio.

4º) La modificación no supone que la resolución cautelar no produce efectos de cosa juzgada, dado que aquélla sólo es posible cuando se produce una variación en la *causa petendi*, y si se modifica la situación de hecho con base en la que se adoptaron, no se mantiene la identidad objetiva que comportaría el efecto de cosa juzgada. Así, si las circunstancias de hecho no se han alterado, a la petición de modificación de las medidas puede oponerse la excepción de cosa juzgada; si los hechos no son los mismos, por modificarse la causa de pedir, no puede alegarse la excepción de cosa juzgada.

IX. RELACIÓN DE DEPENDENCIA ENTRE TUTELA CAUTELAR Y PROCESO PRINCIPAL.

Consecuencia del carácter instrumental del proceso cautelar respecto del proceso principal, existe una dependencia del mantenimiento de las medidas respecto de la suerte del proceso principal, lo que supone que las medidas sólo pueden perdurar en tanto en cuanto exista proceso del que penden. No significa esta afirmación que las medidas cautelares deban mantenerse mientras se mantiene el proceso, porque no es así, sino que las medidas encuentran una suerte específica vinculada necesariamente al resultado que se alcance al acabar el proceso principal. De ahí la relación instrumental proceso cautelar-proceso principal y de ahí que las posibles crisis que dan lugar a la finalización del proceso principal igualmente afecten al cautelar:

I. Tutela cautelar ante *causam*: necesidad del proceso principal.

Cuando las medidas se hubieran adoptado antes de la demanda –lo que el legislador boliviano denomina como medida preparatoria de la demanda- por razones de urgencia o necesidad, la dependencia respecto del proceso principal se halla en la necesidad de existencia de éste, de modo que las medidas quedarán sin efecto si la demanda no se presenta en el plazo previsto legalmente. Esa necesaria instrumentalidad implica, atendido el art. 310:

1º) Necesidad de presentar la demanda en el plazo de treinta días siguientes de habérselas ejecutado.

2º) Deberá presentarse ante el mismo tribunal que concedió la tutela cautelar, produciéndose con ello una regla legal de reparto que se conoce como reparto por antecedentes.

3º) La no presentación de la demanda principal supone el alzamiento o la revocación de oficio por la autoridad judicial de los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados a los efectos de la ejecución de las mismas.

4º) El alzamiento o revocación de las medidas comportará la condena en costas al solicitante, así como la declaración de responsabilidad por los daños y perjuicios producidos al sujeto pasivo que ha debido soportar la adopción de las medidas.

2. Terminación del proceso principal.

Si la medida se adoptó para favorecer un futuro proceso que nunca llega por no interponer en tiempo la demanda en el proceso principal, hemos visto cómo el legislador responde de forma contundente, terminando la “vida jurídica” de la medida, amén de asumir una serie de consecuencias jurídicas derivadas de la misma. Es, en el fondo, una solución basada en la eficiencia procesal que, de no darse, comporta una suerte de sanción impuesta legalmente, como consecuencia del incumplimiento.

Esa instrumentalidad y vinculatoriedad entre las medidas cautelares y el proceso principal se da, por ello, tanto cuando la medida permite garantizar el proceso futuro inmediato como también cuando se ha de poner fin al proceso, por los motivos que fuere, incluso por considerar ya concluido el proceso en contradicción. En estos supuestos de terminación del proceso la estrecha relación de la tutela cautelar pendiente debe correr suerte pareja, sin perjuicio de las posibles situaciones que puedan favorecer o matizar sus resultados.

La conexión entre proceso principal y cautelar se manifiesta con la suerte que las medidas corren tras la finalización del proceso principal, de modo que dependerá del resultado final del proceso declarativo, el mantenimiento o, en su caso, el alzamiento de la medida, atendiendo a la terminación normal o anormal de aquél.

A) Finalización del proceso sin contradicción.

Cuando el proceso principal finaliza anormalmente, sin sentencia contradictoria, por desistimiento, sobreseimiento, renuncia, allanamiento, transacción o por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto, la suerte de las medidas quedará condicionada al resultado que cada uno de estas actuaciones pueda suponer en el proceso. Si ya no hay proceso, difícilmente puede mantenerse cautelarmente lo que ha quedado sin contenido, si bien las situaciones específicas de cada uno de estos actos comportan soluciones diversas.

Si se produce el *desistimiento del demandante*, se abandona el proceso iniciado por éste, sin resolución de fondo, provocándose el alzamiento de las medidas cautelares adoptadas a instancia del actor. Si es desistimiento en la segunda instancia o estando pendiente casación, la suerte de las medidas cautelares dependerá del contenido de la resolución dictada, dado que se genera tal situación que deviene firme la resolución recurrida. Situación similar es en caso de *sobreseimiento*, poniéndose fin al proceso de forma abrupta y por alguna de las razones que permiten esta posibilidad en el Código, y provocándose con ello la innecesariedad de la tutela cautelar.

Alcanzada la *extinción por inactividad* en la instancia, habrá inmediato alzamiento de las medidas, dado que si desaparece el proceso principal, no tienen sentido las medidas. Cuestión diferente es la extinción por inactividad producida en fase de recursos, produciendo la confirmación de la sentencia dictada en la instancia, condicionando la suerte de las medidas al contenido de la resolución del proceso principal, es decir, a que en la misma –en la resolución– se hubiere producido la estimación o desestimación de la pretensión.

Si hay una situación de *renuncia* del actor, con dejación por ello de la pretensión interpuesta por aquél, la suerte de las medidas cautelares es la de su alzamiento, al perder sentido su mantenimiento. Si se produce *allanamiento*, conformándose el demandado con la pretensión, la solución será la misma que si se estima la pretensión del actor.

Si finaliza de forma anormal el proceso como consecuencia de una *transacción entre las partes*, lo que comporta que en el proceso no existirían vencedores ni vencidos, sino que se llega a un acuerdo entre las partes, podremos distinguir dos posibles situaciones: 1º) Una transacción judicial: se alzan las medidas si en la transacción no se asume la pretensión garantizada cautelarmente, si bien podría mantenerse la cautela cuando no mediare renuncia expresa a las medidas que se hubieren adoptado; y 2º) Si es extrajudicial, lo normal será que traiga consigo el consabido alzamiento de las medidas cautelares.

Cuando se obtiene una satisfacción extraprocesal de las pretensiones o la carencia sobrevenida del objeto del proceso, también debería producirse el alzamiento de las medidas cautelares, al carecer de objeto el proceso-instrumento del proceso principal.

B) Finalización del proceso con contradicción. Situación en la segunda instancia.

Manteniéndose la contradicción entre las partes hasta el final, la suerte de las medidas cautelares dependerá del contenido de la propia sentencia que se dicte.

a) *Si la sentencia es estimatoria* de la pretensión: Si la estimación es parcial, el tribunal resolverá sobre el mantenimiento, modificación o levantamiento de la medida con audiencia de las partes. Si la estimación es total, lo razonable es que automáticamente deberá efectuarlo el juez, aun cuando las medidas vendrán a mantenerse hasta que la sentencia devenga firme y transcurra el plazo de espera de la ejecución de dicha resolución.

b) *Si la sentencia es desestimatoria*, se acordará por el tribunal el inmediato levantamiento de las medidas adoptadas, salvo que el demandante manifieste su intención de recurrir, pudiendo solicitar su mantenimiento o modificación. El tribunal, oída la parte contraria, atendidas las circunstancias, resolverá lo procedente. Regla general es el alzamiento; la excepción, el mantenimiento o la adopción de medida distinta, siempre que medie petición del recurrente, se cumpla con el principio de contradicción o audiencia, y jueguen a este respecto determinadas circunstancias que puedan fundamentar la presencia de la tutela cautelar durante la segunda instancia. Si la sentencia es desestimatoria de la pretensión y se alzaren las medidas cautelares, se deberá imponer las costas al demandante.

Aun cuando no existe, como en otros ordenamientos jurídicos, una norma que recoja esta situación y que ofrezca soluciones de cómo actuar en cada caso, hemos apelado al sentido común y a las soluciones contempladas en otros ordenamientos jurídicos. No obstante, sería conveniente que en el futuro el ordenamiento si que recogiera estas soluciones y las integrara en la regulación de las medidas cautelares en el Código procesal.

3. Alzamiento de las medidas cautelares tras la sentencia firme.

Si la sentencia fue absolutoria y se convierte en firme el tribunal dejará sin efecto inmediatamente y de oficio todas las medidas cautelares adoptadas. Afecta tanto a la terminación del proceso con sentencia contradictoria como sin la citada contradicción, a través de aquellas fórmulas que pueden convertir la decisión en firme, impidiéndose con ello el posterior conocimiento por parte del juez de la misma pretensión en un proceso posterior. Los requisitos para que pueda procederse a este alzamiento son:

1º) El contenido de la resolución que pone fin al proceso debe comportar la absolución del demandado, sobre el que pesan las medidas cautelares adoptadas, aunque esa absolución puede ser sólo en la instancia (sentencia meramente procesal).

2º) Esta situación no viene como consecuencia de haber sido dictada sentencia absolutoria, sino que ésta, la sentencia que se dicta desestimando la pretensión del actor, deviene firme.

3º) El alzamiento de las medidas cautelares se lleva a cabo de oficio. La razón no es otra que en este caso existe cosa juzgada y por tanto ya entra el orden público en juego.

4º) Consecuencia de esta situación, el demandante deberá: por un lado, pagar las costas y los gastos del proceso cautelar; siempre a pedido de parte y podrá ser condenado a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, siempre que se prueben que los perjuicios se han producido como consecuencia de una medida cautelar.

Tampoco se recoge en el Código procesal estas reglas a actuar sino que son la recomendación que se efectúa desde la lógica jurídica, si bien sería más que recomendable la incorporación de algunas normas que clarificaren la actuación del juez en el supuesto en que haya que decidir la suerte de las medidas cautelares, en atención a la suerte del proceso principal. En este sentido, si la tutela cautelar es instrumental de la tutela declarativa, si el proceso cautelar se debe configurar paralelo e intrínsecamente dependiente del proceso principal, sería muy recomendable incorporar en la ley las normas que permiten ir poco a poco resolviendo la manera en la que actuar en función de cómo acaba el proceso y los efectos que produce.

X. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

El art. 323 CPC dispone bajo el título de "Responsabilidad":

"I: Cuando se dispusiere que una medida cautelar se levante por haberse demostrado que el solicitante abusó o se excedió en su derecho para obtenerla, la resolución lo condenará al resarcimiento de daños y perjuicios si la otra parte lo solicitare.

II. La determinación del monto se sustanciará por vía incidental. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior; la autoridad judicial, de oficio, podrá aplicar multa".

Si bien, por un lado, el demandante en el proceso principal ya instado o con un futuro inmediato es el que va a llevar de alguna forma la iniciativa en el proceso cautelar; no debe entenderse como proceso de una parte. Se requiere de un equilibrio entre ambas que exige que también el demandado tenga cubierta una suerte de garantía frente a unas medidas cautelares "erróneamente" decretadas o si cabe mejor solicitadas. Y es por ese equilibrio que exige la tutela de los ciudadanos, el proceso debido, que se regula en este art. 323 la responsabilidad que va a poder reclamarse como consecuencia de una medida cautelar adoptada de forma excedida. Ello nos lleva a insistir en esa necesidad de considerar, por tanto, que el demandado debe tener la posibilidad de ser oído. Ahora bien. Vamos a tener en cuenta una serie

de elementos a efectos de confeccionar el régimen jurídico adecuado, en atención a lo que dispone este precepto.

1º) Se produce, por un lado, la posibilidad de exigencia de responsabilidad del actor por adopción de medidas cautelares que posteriormente se demuestra eran innecesarias. Esa innecesariedad se puede poner de manifiesto por abuso del actor o porque se excedió en su derecho para obtenerla. La lectura del precepto nos hace sugerir la propuesta de reforma del Código (y mientras tanto de la capacidad de actuación que tenga el juez a la hora de valorar la posible adopción de la tutela cautelar en un proceso y la necesidad de contar con la versión y alegación del demandado soportante potencial de las medidas cautelares) para integrar una necesidad de oír al demandado, como pieza esencial en la consolidación de la tutela cautelar; sea antes o sea después, esto es, mediante contradicción previa o diferida, pero en todo caso con la posibilidad de contrarrestar la petición del demandante en torno a las medidas cautelares.

2º) Cuando el legislador hace referencia en el art. 323.I CPC de que se levante la medida por abuso o exceso será como consecuencia de la desestimación del actor en la demanda, sea total o sea parcial, o sea como consecuencia de terminación anormal del proceso por alguna de las causas que analizamos *supra* y que ofrecen una disminución o negación de la tutela pedida por el actor. Se pone de manifiesto en estos casos que la medida cautelar era innecesaria y por tanto se adoptó generando unos daños y perjuicios a la persona que las sufre. No se trata de considerar que la desestimación de la demanda principal o su estimación parcial comporta automáticamente la declaración de innecesariedad de la medida y la posible responsabilidad por daños y perjuicios, sino que ésta, la condena a resarcir; deberá incorporarse al contenido de la resolución, siempre a petición de parte, no de oficio.

3º) La determinación del monto para la indemnización se sustanciará por la vía incidental. Eso significa que habrá que abrir un nuevo procedimiento al efecto, generando una suerte de dilación procesal. Este incidente es garantía de la parte demandada en cuanto puede solicitar no solo la condena por los daños y perjuicios sino también la cuantía de la misma. Ahora bien, si a lo largo del proceso principal el demandado haya venido refiriéndose a la situación cautelar y haya pedido no solo el alzamiento de las medidas sino también un pronunciamiento acerca de la posibles responsabilidad por daños y perjuicios, debemos entender que el juez deberá resolver en la sentencia que pone fin al proceso no solo las pretensiones principales sino también las cautelares acumuladas o, si cabe, la reclamación acumulada que hace el demandado por la que al pedir la absolución en la sentencia solicita alzamiento de las medidas y condena al actor al pago de los daños y perjuicios que se hayan ocasionado como consecuencia de la tutela cautelar soportada durante el proceso.

Se produce una acumulación de procesos como consecuencia de la reconvencción en torno a las cautelares planteada por el primigenio demandado, otorgándose una solución concentrada.

4º) En cualquier caso, el legislador, más allá de la petición de parte demandada establece la posibilidad sancionadora *ex officio*, es decir, que "la autoridad judicial, de oficio, podrá aplicar multa" cuando se den las coordenadas que hemos venido exponiendo.

5º) En todo caso, y aun cuando no se refiere a ello expresamente el legislador, parece razonable entender que el elemento fundamental en esta posible condena por daños y perjuicios ocasionados al demandado por la conducta del actor en el proceso cautelar es que los daños y perjuicios que se reclaman se hayan causado como consecuencia de la medida revocada; lo que implica tanto como justificar el nexo causal entre la medida y los daños y perjuicios ocasionados por aquélla. No se trata de condenar por responsabilidad al actor por desestimación de la demanda, por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de haber adoptado una medida cautelar; sino que se exige la prueba del nexo causal, de modo que la ausencia o la insuficiencia de la misma puede provocar la desestimación de la pretensión indemnizatoria²².

22 BARONA VILAR, S.: *De las medidas precautorias al proceso cautelar civil*, cit., p. 273.