

Caución y proceso cautelar en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria (*)

A María Jesús y nuestras hijas.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN (Importancia del artículo 41. Su alcance y eficacia). II. «CAUCIÓN» Y «PROCESO CAUTELAR»: A) *Protección del Ordenamiento jurídico*: a) Medidas de garantía y conservativas extraprocesales. b) Medidas de garantía y conservativas procesales: «Cauciones procesales»: 1. Concepto. 2. Clases: a') substantivas. b') Adjetivas. B) *Naturaleza jurídica de la «caución procesal»*: a) Su función. b) Posiciones doctrinales: 1. Identificativas. 2. De separación: Concreción definitiva. «Proceso cautelar» y «caución procesal» como entidades independientes. C) *Diferenciación entre «proceso cautelar» y «caución procesal»*: 1. Por su naturaleza. 2. Por su función. 3. Por sus fines. III. EFICACIA DE LA «CAUCIÓN PROCESAL» EN ORDEN AL SUJETO PASIVO DE LA RELACIÓN: A) *Diferencias entre «caución» y «proceso cautelar» de tipo formal*: 1. Por su actualización: a) Acción cautelar. b) Simple petición. 2. Por su materialización: a) En orden a la forma. b) En orden a su formulación. 3. Por la intervención del demandado. 4. Por su eficacia. B) *Exigibilidad de la caución: Consecuencias*. C) *Construcción conclusiva*: a) Interpretación de la norma sexta del artículo 137 del Reglamento: Noción del «arbitrio judicial». b) Conclusión.

I

La armónica conjugación de los principios de legitimación y publicidad registral han tenido su plasmación más genuina en el procedimiento regulado por los artículos 41 de la Ley Hipotecaria y 137

(*) Examinamos un aspecto parcial de los problemas jurídico-procesales que se derivan de la «caución» regulada por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, dejando para otra oportunidad el estudio de otra serie de cuestiones que se suscitan.

de su Reglamento. La efectividad de los derechos reales alcanza su más fecunda realidad a través de ese procedimiento, tendente a la eficaz reintegración posesoria del titular inscrito.

La importancia alcanzada por el proceso regulado en el artículo 41 ha sido extraordinaria (1), abundando la literatura jurídica elaborada, en torno al mismo, por hipotecaristas y procesalistas (2), que se han proyectado en diversos aspectos y tratado distintos problemas planteados por dicho artículo (3). Pero si ha proliferado de modo exorbitante los comentarios y estudios realizados en casi to-

(1) R. DE LA RICA, en *Comentario al nuevo Reglamento Hipotecario*, tomo I, año 1948, pág. 91, dice que «... raro es el Juzgado de Primera Instancia en que no se tramitan asuntos de esta índole». La experiencia nos ha demostrado la realidad de tal aserto. Vid., asimismo, ENRIQUEZ LÓPEZ: *El proceso de ejecución de las acciones reales*, en esta REVISTA, 1946, págs. 244 a 253.

(2) RODRÍGUEZ-SOLANO: *El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*. Bosch, 1953, Barcelona; SALAMERO CARDO: *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, Nereo-Barcelona, 1963; DE LA CONCHA: *Cuestiones procesales que plantea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, en «Rev. Gra. D.^{ca}», 1949, págs. 469 a 473; LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, 2.^a edición, Zaragoza, 1957, páginas 216 y sigs.; HERCE QUEMADA: *Naturaleza jurídica del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, en «Rev. Temis» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, núm. I, 1957, págs. 39 a 65; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, Bosch, 1948, Barcelona, tomo I, págs. 288 y sigs.; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Reus, 1947, Madrid, tomo I, págs. 322 y sigs.; R. DE LA RICA: *Las anotaciones de demanda y el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, «Revista de Derecho Privado», 1949, págs. 89 y sigs.; GONZÁLEZ ALEGRE: *Los procedimientos judiciales de la Ley Hipotecaria*, Bosch-Barcelona, 1958, págs. 36 y sigs.; SUREDA: *Derecho procesal hipotecario*, Tipografía J. Bernes, Valencia, 1947, páginas 82 y sigs.; PRIETO-CASTRO: *El procedimiento provocatorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, sección resoluciones Audiencias, en «Revista de Derecho Procesal», 1948, año IV, núm. 1, págs. 159 a 172; mismo autor: *Dispensa de la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en caso de pobreza legal*, comentario sentencia Audiencia Territorial de Madrid, en «Revista de Derecho Procesal», 1948, año IV, núm. 2, págs. 361 a 365; CHICO Y ORTIZ-BONILLA ENCINA: *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, Gráficas Faro, Madrid, 1963, páginas 170 y sigs.; MARTÍNEZ CALCERRADA: *Eficacia del artículo 207 en el procedimiento de la Ley Hipotecaria*, en «Revista de Derecho Jurídico», año V, número 20, 1964, págs. 87 a 129; CIMIANO: *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria: carácter en que puede aparecer colocado el contradictor respecto del propietario inscrito*, en esta REVISTA, año XXV, núm. 258, 1949, págs. 705 a 719; GONZÁLEZ PÉREZ: *Los problemas de admisibilidad en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, en esta REVISTA, año XXVII, núm. 272, 1951, págs. 119 a 133; NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, en esta REVISTA, 1949, pág. 216 y sigs.; AZPIAZU: *Criterios de autoridad (notas sobre un tema manido)*, en esta REVISTA, 1948, págs. 711 y sigs.; etc.

(3) LOTS ESTEVE, en *Una reaparición del proceso provocatorio*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 185, 1949, pág. 57, dice sobre dicho artículo que «... acaso ningún otro precepto jurídico plantea problemas tan relevantes para la dogmática procesal como lo hace el artículo 41 de la Ley Hipotecaria; ni tampoco sería fácil encontrar otra figura tan singularmente privilegiada en ofrecer a la problemática cuestiones tan diversas».

dos los aspectos de este proceso, nos causa extrañeza lo limitado de los estudios referidos a las medidas asegurativas que se prevén en el mismo.

Prescindiendo de los diversos estudios realizados para determinar la naturaleza jurídica del proceso regulado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria (4), no puede dudarse que su proyección en el ámbito del Derecho procesal constituye el aspecto más trascendente del mismo, ya que por su mediación se alcanza el objetivo que el «proceso» persigue: concretar la voluntad abstracta y genérica de la Ley y la voluntad individual y específica del sujeto titular del derecho (5) inscrito.

El titular del dominio sobre inmuebles, o derecho real impuestos sobre los mismos, inscritos en el Registro de la Propiedad, goza, a través de este procedimiento, de una eficaz reintegración posesoria. Para su accionabilidad se exige no sólo la constatación registral, sin contradicción, sino que los derechos reales cuya efectividad se pretenden «implique posesión, uso o servicio» (6). Pero aun cuando se trata de un procedimiento abreviado, con una finalidad específica—inmediata reintegración posesoria—caracterizado, tanto por la simplificación de formas como por la sumariedad en el conocimiento no se elimina el riesgo que puede afectar al bien o derecho real durante su sustanciación. El titular inscrito goza de la fuerza legitimadora que le proporciona su constatación libraria. Ahora bien, la actualización normal de ese derecho, cuando su posesión, uso o disfrute es ostentado por otro, ha de ser alcanzada a través de la actividad tri-fásica del proceso: declaración, aseguramiento y ejecución.

La novedad que encierra el artículo 41 radica en presuponer la efectividad de la primera fase—declaración—. Es decir, se crea la ficción—*praesumptio iuris tantum*—, amparada en el artículo 38, en relación con el 1.º, 17, 20, 32, 34 y 40, de legitimidad del derecho inscrito, atribuyéndose un resultado análogo al que se obtendría con la ejecución de la sentencia estimativa en el ejercicio de una acción reivindicatoria, confesoria, negatoria u otra de naturaleza real.

(4) Vid. los trabajos y obras citadas en la nota núm. 2, especialmente el realizado por el profesor HERCE QUEMADA.

(5) Vid. mi trabajo *Proceso cautelar: El artículo 1419 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, publicado en la «Revista de Derecho Procesal», 1964, núm. 4, páginas 47 a 77.

(6) ROCA SASTRE, obra citada, tomo I pág. 288; LACRUZ BERDEJO, obra citada, págs. 218; SANZ FERNÁNDEZ, obra citada, tomo I, págs. 337 y sigs.

II

CAUCION Y PROCESO CAUTELAR

A) *Protección del Ordenamiento jurídico.*

Entre el acto perturbador y la plena efectividad del derecho inscrito puede mediar un período de tiempo, más o menos prolongado, en el que está en peligro la integridad del bien o derecho cuestionado. En ese interregno, bien por omisión, bien por comisión del sujeto imputado—demandado—el bien jurídico controvertido puede menoscabarse sensiblemente.

Mientras el orden jurídico es observado y la presunción posesoria que atribuye el artículo 38 coincide con la realidad extrarregistral, al no ser detenida por otro, no existe problema. Ahora bien, ante la probabilidad de que tal conducta o modo de proceder se manifieste, el Ordenamiento jurídico general admite la posibilidad de adoptar medidas precautorias que aseguren el cumplimiento de la prestación y la integridad del bien reclamado. El procedimiento regulado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria no podía constituir excepción. Esas medidas precautorias—*tertium genus* del proceso (7)—tienen su reflejo en el párrafo 2.º del artículo 41 y número 3.º del 137 del Reglamento, constituyendo figura autónoma y perfectamente diferenciada de la «caución» que se regula en el párrafo 4.º y número 5.º de uno y otro artículo respectivamente.

El proceso del artículo 41 representa un símbolo patente de la perfecta coordinación entre la función normativa—legislativa—y jurisdiccional, de modo que los titulares inscritos pueden acudir a los órganos establecidos—jurisdiccionales—al objeto de que sean protegidos en un caso concreto, obteniendo la efectiva reintegración posesoria, basada en la fuerza legitimadora que la inscripción proporciona.

La necesidad de establecer una frontera entre lo que constituye

(7) Vid. mi trabajo antes citado y bibliografía que en el mismo se hace constar para el estudio del «proceso cautelar».

el «proceso cautelar» y la «caución» que se exige en el párrafo 4.º del artículo 41 y número 2 del 137 del Reglamento nos obliga a fijar la naturaleza de esta última figura jurídica. Para la perfecta comprensión del problema y las consecuencias que del mismo se derivan, hemos de tener en cuenta los medios que integran la protección de un derecho.

Ya hemos afirmado que mientras el orden jurídico es observado o la idea de conculcación o controversia no es exteriorizada, no existe problema. Ello porque *cogitationis poenam nemo patitur*. Ante la posibilidad de conducta contraria, el Ordenamiento admite la adopción de medidas precautorias que garanticen la efectividad de un derecho (8). De este modo surgen medidas que tienden a reforzar el vínculo obligacional. Unas pueden tener naturaleza real—como la hipoteca, la prenda, la anticresis, las arras o señal y los depósitos constituidos como caución de determinadas obligaciones—, otras personal. Estas últimas pueden nacer de la propia persona—cláusula penal (9)—o de la intervención de un tercero—fianza—. Otras veces esas garantías se derivan de la naturaleza misma del crédito, atribuyendo a su titular un orden preferente o privilegiado (10), o bien un *ius retentionis* como medio para la efectividad del derecho (11), o bien puede provocarse la pérdida de la libre disponibilidad del patrimonio, a pesar de que la vinculación del mismo, según los términos del artículo 1.911 del Código civil, se proyecta *in futuris*, en virtud del concurso de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 1.129 del mismo Cuerpo legal o por insolvencia.

Existen otras medidas cuya finalidad específica radica en la efec-

(8) Vid. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, Edit. «Rev. D Priv.», Madrid, 1946, tomo IV, págs. 254 y sigs.; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, Bosch, 1959, tomo I, vol. II, págs. 467 y sigs.; RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, traducción española, 1929-1931, Edit. Reus, tomo II, páginas 148 y sigs.; CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, 6.ª edición, págs. 538 y sigs.; SÁNCHEZ ROMÁN: *Derecho civil*, tomo IV, págs. 249 y sigs.; VALVERDE: *Tratado de Derecho civil*, 4.ª edición, tomo III, págs. 84 y sigs.; CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, tomo II, págs. 21 y sigs.; RUIZ GALLARDÓN: *Derecho civil. Obligaciones*, Madrid, 1957; etc.

(9) No se admite la garantía constituida sobre la dignidad y honor de una persona a través del juramento: «No se admitirá; juramento en los contratos. Si se hiciere se tendrá por no puesto». Artículo 1.260 del Código civil. Obligaciones con cláusula penal, artículos 1.152 a 1.155 del Código civil.

(10) Normas contenidas en el capítulo II y III del título XVII del libro IV del Código civil.

(11) Así: artículo 453: 502 en relación con el 522; 1.600; 1.730: 1.780 y 1.866, todos del Código civil.

tiva determinación del patrimonio del deudor. Es lo que llama GARRIGUES «patrimonio de afectación» (12). Son medidas de naturaleza conservativa y reintegrativa. Entre las primeras se encuentran las que facultan al acreedor para exigir poner sellos a los bienes, papeles, etcétera, en el acto de apertura de la sucesión del deudor; participar en la separación del patrimonio del deudor difunto del heredero; intervenir en la división y partición hereditaria; la de intervenir en el juicio de caducidad entablado por el nudo propietario por abuso imputado al usufructuario; la de interrumpir la prescripción; las protestas y reservas de derechos, etc.; el mismo *solve et repete*. Como manifestación peculiar de las segundas: las acciones subrogatorias y revocatorias (13).

En el ámbito del Derecho procesal existen medidas que tienden a «impedir una actuación procesal dolosa» (14). Esas medidas reciben la denominación de «cauciones procesales». Para PRIETO-CASTRO «puede tener por objeto garantizar el pago de las costas y de los daños y perjuicios, dificultar una actuación procesal costosa para el Estado (por ejemplo, casación), o bien evitar que la concesión de alguna ventaja a una de las partes pueda redundar en beneficio de aquélla a que en el fondo del negocio la contraria tenga derecho (por ejemplo, desaparición de lo recibido en virtud de ejecución provisional)» (15).

Si examinamos los antecedentes de la «caución» en el Derecho Romano, nos confirma su origen en función del proceso (16). Hay que situar ese origen en las *sponsiones*. La necesidad de comparecer en juicio, en toda instancia judicial, llevó a los romanos a la forma simplista de las *sponsiones*. Estas eran compromisos verbales de compa-

(12) Autor citado: *Curso de Derecho mercantil*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1940, tomo II, pág. 482.

(13) Artículos 973 en relación con los 959 y sigs.; 1.002, 1.038, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1.014 y sigs del Código civil en relación con el 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1.051 y sigs. del Código civil en relación con los 1.001, 1.038 y sigs de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 520 del Código civil, ya que tiene interés legítimo el acreedor; etc., y artículo 1.111 del Código civil.

(14) PRIETO CASTRO, obra citada.

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

(16) Vid. SUREDA, obra citada, págs. 21 y sigs.; RAMOS FOLQUÉS: *La caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, en esta REVISTA, año XXII, núm. 212, 1946, páginas 170 a 175.

recer, garantizados por un ciudadano solvente—*vas, vades, vadimonia*—. Más tarde—en el derecho nuevo—se extendió como medio de garantía de todas las obligaciones, ya fueren de comparecer en juicio o de otra clase. Aun así, en el Derecho romano postjustiniano la idea dominante es de garantía procesal (17), ya que en el proceso tuvo su origen (18). En el derecho vigente y en la orientación doctrinal moderna la idea predominante se manifiesta en el sentido de asignar a la voz «caución» un contenido anfibológico, siguiendo los precedentes patrios, y de acuerdo con su acepción etimológica de «caveo», recelar, y «cautio», asegurarse de lo que se recela. No obstante, cuando los civilistas (19) desarrollan la teoría del «incumplimiento temido», la doctrina sobre su prevención se desenvuelve bajo la aplicación de las «medidas de garantía y conservativas», lo cual nos in-

(17) Como modalidades fundamentales de «cauciones procesales» se distinguían:

Cautio iudicatum solvi, que debía prestar el demandado a su mandatario.

Cautio ratam rem dominium habiturum, que debía prestar el representante del demandante ausente, cuando aquél no tuviera un mandato regular.

Cautio iudicio sisti, que tenía lugar cuando el reo o demandante contra quien se dirigía el libelo debía entregar al alguacil recibo del acto de citación y prestar caución de comparecer ante el Tribunal, y si no podía prestar dicha caución, quedaba puesto en custodia del alguacil, o tenido en prisión hasta el día de la comparecencia.

Cautio de non amplius turbando, que podía imponer el Juez al demandado cuando era condenado y se había ejercitado acción negatoria o confesoria.

Como garantía de otras obligaciones:

Cautio damni infecti, que podía reclamar el vecino del dueño del edificio que amenazase ruina.

Cautio rem pupilli salvam fore, que debían prestar los tutores legítimos y dativos nombrados sin información previa.

Cautio Muciana, que debía prestar el heredero o legatario instituido bajo condición potestativa negativa.

Cautio legatorum servandorum causa, que en favor del legatario viene obligado a prestar el gravado con un legado, cuando éste se ha hecho a condición o a término o se cuestiona sobre él.

Cautio usufructuaria, que venía obligado a prestar el usufructuario en garantía de sus obligaciones.

(18) SERAFINI, en *Instituciones de Derecho romano*, tomo II, págs. 114 y sigs., dice: «Existieron además de las estipulaciones contenidas por acuerdo espontáneo de las partes, estipulaciones contenidas por orden del pretor o un Juez: de aquí la división en estipulaciones convencionales y estipulaciones necesarias, llamadas también estas últimas *cautiones*, por el fin que se proponían de garantizar contra las perturbaciones del estado de hecho o de derecho y sus consiguientes daños. Vid. RODRÍGUEZ-SOLANO, obra citada, págs. 228 y sigs.

(19) Vid. CASTÁN, obra citada, tomo III, págs. 538 y sigs.; CLEMENTE DE DIEGO, obra citada, tomo II, págs. 33 y sigs.; RÜGGIERO, obra citada, tomo II, págs. 148 y sigs.; PUIG BRUTAU, obra citada, tomo I, vol. II, págs. 467 y sigs.; LARENZ: *Derecho de obligaciones*, tomo I, Madrid, 1956, págs. 369 y sigs.; ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, tomo III, págs. 277 y sigs.; PUIG PEÑA, obra citada, tomo IV, vol. I, págs. 225 y sigs.; etc

duce a pensar en el retorno a la aplicación del término «caución» (20) en su sentido procesal ancestral. Sin embargo, la falta de precisión terminológica se proyecta en nuestras normas: así, en el artículo 495 del Código civil, en el número 4 del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y en el artículo 44 del Código penal, se habla de caución en sentido amplio. Ello nos obliga al empleo del calificativo «procesal» para distinguir las cauciones reguladas en el derecho substantivo frente a las que se desenvuelven en el ámbito del Derecho procesal. Por otro lado, bajo la voz «fianza» (21) se comprenden dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil diversos supuestos de «cauciones procesales» (22).

Hemos visto cómo la «caución procesal» responde a la idea que preside las medidas de garantía en el ámbito del derecho privado, pero referidas al proceso. Y si analizamos el concepto de «caución procesal», ya expuesto, formulado por el profesor PRIETO-CASTRO, nos encontramos con dos matices o facetas perfectamente diferenciadas; una de naturaleza «substantiva» y otra «adjetiva». La primera así calificada, por la relación colateral con el derecho cuestionado —«... responder de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios», dice el artículo 41 en su párrafo 4.º—, mientras que a la segunda le asignamos ese carácter, porque se adopta o acuerda en función directa del proceso—pago de costas, depósito para recurrir en casación, etc.—.

El citado profesor (23), claramente confirma esa distinción al hacer constar que «no cabe duda de que las cauciones del segundo grupo (las orientadas a dificultar una actuación costosa para el Es-

(20) CARNELUTTI, obra citada. tomo II, págs. 137-38, dice: «La acción moderadora de la responsabilidad procesal puede ser acentuada mediante la carga de la constitución de una garantía de las obligaciones que deriven de la responsabilidad misma, puesta como condición de la demanda o de otro acto procesal. Y dada su finalidad cautelar en cuanto al cumplimiento de las obligaciones frente a la contraparte o frente al Estado dicho depósito recibe el nombre de *caución*».

(21) Las palabras caución y fianza no significan lo mismo, porque, como acertadamente sostiene el auto de la Audiencia de Valencia de 11 de febrero de 1949 («Revista General de Derecho», 1949, 258), ni en el lenguaje usual ni en el jurídico existen palabras absolutamente sinónimas.

(22) Vid. artículos 33, 385, 534, 787, 1.402, 1.405, 1.423, 1.428, 1.446, 1.467, 1.672, 1.698, 1.699, 1.796, 1.799 y 1.803, y artículo 31 de la Ley de 22 de diciembre de 1953; todos ellos responden al concepto formulado por el profesor PRIETO-CASTRO; vid. CARNELUTTI: *Sistema de Derecho procesal civil*, tomo II, págs. 572 y sigs., número 177, notas de Alcalá Zamora, núm. 177.

(23) PRIETO-CASTRO, en el artículo citado en la nota 15, págs. 362-63.

tado) son las únicas que pueden ser calificadas de procesales, en el sentido de que afecten tan sólo a la relación jurídico procesal como instrumento de carácter público necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional», mientras que «las cauciones del primer grupo afectan al particular litigante, tiene que ver con su patrimonio, y no pueden ser dispensadas por la Ley, a menos de incurrir en una forma de expropiación».

Ahora bien, tanto las unas como las otras no participan de la calificación de «proceso cautelar» por carecer de las notas que tipifican a este proceso (24) de: jurisdiccionalidad, *periculum in mora*, provisoriedad, sumariedad, instrumentalidad y discrecionalidad.

B) *Naturaleza jurídica de la «caución procesal».*

Nuestro afán de profundizar en la naturaleza jurídica de la «caución» se justifica por las consecuencias trascendentes que de su calificación pueden deducirse en relación con el «proceso cautelar», y que a su vez afectarían a las medidas asegurativas que en el mismo se comprenden. Buena prueba de esta afirmación y sus consecuencias se reflejan en un sector doctrinal que identifican las medidas asegurativas integrantes del «proceso cautelar» y las «cauciones procesales».

Así, ROCA SASTRE (25) dice que «los conceptos de caución y de medidas precautorias o de seguridad antes indicadas parecen términos incompatibles, debido a que si la caución cubre todas las responsabilidades posibles parece que huelgan aquellas medidas cautelares, salvo que entre en juego un interés de afección que las haga preferibles en algún caso u objeto», y, expresa a continuación: «Nosotros creemos que dada la insuficiencia de la Ley en este punto, debe procederse aquí con un criterio de gran elasticidad, siempre que quede cumplido el fin de seguridad que ambos conceptos persiguen, debiéndose al efecto conceder cierta facultad de elección al emplazado y pudiendo variarse la medida adoptada sustituyendo la caución por aquellas medidas cautelares y viceversa. Obliga a ello el criterio a que responden los artículos 1.419 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento

(24) Vid. mi trabajo citado en la «Revista de Derecho Procesal».

(25) Autor y obra citada, tomo I, pág. 322.

Civil, que permite alzar la intervención acordada si el sujeto a ella presta fianza bastante». Para Casso (26) estas medidas son las mismas o constituyen un anticipo de las de ejecución propiamente dicha, señaladas en el párrafo 5.º del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y regla 5.ª del 137 del Reglamento.

ENRIQUEZ LÓPEZ (27) dice: «El Juzgado, a instancia del titular; adoptará las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la sentencia. No están limitadas las atribuciones del Juzgado en este aspecto, y la duda ha de surgir sobre si esas medidas han de inspirarse en las que regula la sección 2.ª del título XIV del libro II de la Ley, o en las establecidas en los artículos 1.408 a 1.410 de la misma para los embargos preventivos. Nosotros—continúa—nos inclinamos sin reservas por la última solución, ya que el artículo 1.400 de la Ley del rito regula supuestos paralelos a los que nos ocupan. Después de todo, la cuestión no ofrece demasiado interés desde el momento en que, si comparece el opositor, prestando la caución adecuada, se le respeta en su posición y se anulan las medidas preventivas del Juzgado».

SANZ FERNÁNDEZ (28) hace constar respecto de la caución: «¿Pondrá término a las medidas precautorias que inicialmente haya adoptado el Juez? Parece indudable que la contestación depende del alcance que haya de tener la caución. En cuanto haya de asegurar el pago de costas jugará con absoluta independencia de aquellas medidas. En cuanto haya de referirse a devolución de frutos deberá entenderse lo mismo, ya que los artículos 1.419 y siguientes de la Ley procesal establecen sólo una intervención en la administración, pero ni la atribuyen al titular ni le conceden los frutos de la finca. Si su fin es asegurar una indemnización de daños y perjuicios por actos anteriores a la adopción de aquellas medidas o por causa distinta de la administración deberá entenderse lo mismo que en los casos precedentes; pero si la indemnización ha de fundarse en la administración del contradictor a partir de la adopción de las medidas precautorias, es incompatible con éstas y el Juez podrá decretar o la cesación de las mismas o la reducción de la caución pedida».

(26) Autor citado: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 3.ª edición, Madrid, 1946, págs. 620 y sigs., especialmente en la nota 8.

(27) Autor citado: *El proceso de ejecución de las acciones reales*, publicado en esta REVISTA, tomo XIX, 1946, págs. 244 a 253. concretamente 247 *in fine* y 248.

(28) Autor y obra citada, tomo I, págs. 357 y sigs.

Para aclarar conceptos y precisar las figuras jurídicas en juego hemos de tener en cuenta que uno de los fines del proceso es dar, en cuanto sea posible, a quien tiene un derecho, todo aquello y precisamente aquello a que tiene derecho. Para que ese efecto no resulte utópico, el Ordenamiento jurídico procesal permite la adopción de medidas asegurativas que eliminan la conducta del obligado que, de modo activo o pasivo, trate de eludir las consecuencias del proceso contra el iniciado. El objetivo de esas medidas es la conservación de un estado de hecho, sin prejuzgar el resultado definitivo de la litis y asegurar, en consecuencia, el fin del proceso.

Desenvolviéndonos en el ámbito del Derecho inmobiliario, no podemos olvidar que el Registro de la Propiedad garantiza, dentro de nuestro Ordenamiento, la existencia jurídica de un derecho real sobre un inmueble, pero no su realidad física (29). Este motivo justifica plenamente que en el procedimiento del artículo 41 se admita la adopción de medidas preventivas en su doble manifestación: como integradoras del *tertium genus* del proceso, y como sustanciales al proceso entablado. Es decir, aquellas medidas asegurativas que se agrupan dentro del género «proceso cautelar», y aquellas otras de garantía que se comprenden dentro del concepto de «cauciones procesales».

Unas y otras constituyen entidades jurídicas perfectamente diferenciadas. Así dice CHIOVENDA (30) que: no entran en la categoría de medidas provisionales de cautela: 1.ª Todas las maneras de asegurar previamente (cautelar) el derecho, en los cuales no participa el Magistrado con una resolución suya, sino que se remite a la contratación de los particulares, como las hipotecas y las prendas. 2.ª Las que, si bien pueden requerir la intervención del Magistrado, son concedidas sólo en el presupuesto de la efectiva existencia del derecho y son verdaderos accesorios del mismo derecho, obligaciones accesorias

(29) La entidad física «finca» integra un ente variable y contingente, que en el actual sistema registral no puede ser protegido, en el sentido de presuponer su existencia material. Vid. LACRUZ BERDEJO, obra citada, pág. 91. que dice: «Los procedimientos de inmatriculación son inseguros: en alguno de ellos el Registrador ha de confiar en las manifestaciones de los interesados, de modo que no es imposible inmatricular una finca imaginaria o volver a inmatricular en folio diferente, desfigurando sus características, una finca que ya estuviese registrada, puesto que tales procesos, dirigidos a acreditar la propiedad del inmueble, dan por supuestas su existencia y descuidan la fijación de sus caracteres de hecho».

(30) Autor citado: *Principios de Derecho procesal civil*. Trad. Casals Santaló, Reus, 1922-1925, tomo I, pág. 261, nota 1.

del obligado que pueden hacerse valer también mediante una acción ordinaria de condena, pero que no son puras acciones y no tienen carácter provisional. Tales son las obligaciones de dar caución, del usufructuario que abusa de su derecho, del heredero y legatario para el cumplimiento de la voluntad del testador, del marido para la seguridad de la dote, del arrendatario para la seguridad de los alquileres, etc.».

Como consecuencia, llegamos a sentar la conclusión (31) de que la existencia de medidas cautelares que se caracterizan por su simplificación (32) no autoriza, a nuestro juicio, a conceptualizar toda actividad cautelar bajo el denominador común de «providencias cautelares» (33); pero tampoco debe incidirse en el supuesto contrario, calificando como «procesos cautelares» providencias de naturaleza preventiva, íntimamente ligadas al proceso de cognición o ejecución del que no pueden escindirse.

C) *Diferenciación entre «proceso cautelar» y «caución procesal».*

En el procedimiento del artículo 41 aparecen perfectamente definidas aquellas medidas asegurativas que integran el «proceso cautelar» y aquellas otras que se agrupan bajo la denominación de «cauciones procesales». Dentro de éstas se regulan tanto las de naturaleza «substantiva» como «adjetiva». Claramente se reflejan en el párrafo 4 del citado artículo al decir que «... prestarán caución para responder de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios y pago de costas...»

La praxis jurídica ha asignado a la caución—regulada en el artículo 41—, basada en su eficacia ambivalente—substantiva y adjetiva—, un efecto preventivo y disuasivo, respecto del mero tenedor o detentador del derecho, susceptible de posesión, inscrito en el Registro. Ese efecto ha operado con tal intensidad, hasta el punto de haber constituido letra muerta el párrafo 2 del artículo 41 (34), con

(31) Vid. mi trabajo citado en «Revista de Derecho Procesal».

(32) Anotaciones preventivas de demanda: artículo 42, núm. 1, en relación con el 43 de la Ley Hipotecaria y 27, 28, 139, 165 y 200 del Reglamento.

(33) CALAMANDREI: *Providencias cautelares*, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945, págs. 31 y sigs.

(34) En nuestra práctica y experiencia no conocemos ningún supuesto de ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos reales inscritos que se

olvido de la función específica asignada a las «cauciones procesales» y al «proceso cautelar».

Independientemente de las diferencias sustanciales señaladas entre «proceso cautelar» y «cauciones procesales», éstas quedan nitidamente establecidas, en cuanto que el primero integra un instituto jurídico y las segundas son simple efecto reflejo del proceso. Por otro lado, mientras la medida asegurativa interesada, en un supuesto concreto, adaptada al bien cuestionado, ha de tener efectividad, como especie dentro del género proceso cautelar, mediante una verdadera acción—en sentido procesal—(35), la caución procesal, en razón a su condición, constituye un accesorio dentro del procedimiento de cognición o ejecución correspondiente.

La «caución» tiende, por consiguiente, a la efectividad misma del proceso. Su función específica no está subordinada a garantizar de modo directo e inmediato el bien cuestionado. El procedimiento del artículo 41 no se sustrae a este principio general. Los efectos previsibles que pueden afectar a la integridad o sustancia del dominio o derecho real, cuya reintegración posesoria se pretende, no se cubren con la caución. Este efecto se logra a través del proceso cautelar.

La fuerza presuntiva de legitimación de titularidad que impregna la inscripción se actualiza mediante el proceso regulado en dicho artículo. Al proceso no basta concretar la voluntad abstracta y genérica de la Ley—causa determinante y directa—, sino satisfacer, también, con una sentencia la voluntad concreta y específica de una persona, fin mediato o indirecto. Es decir, para el proceso no es suficiente conocer la voluntad de la Ley, sino que, además, se requiere que el Estado, ejercitando su poder jurisdiccional, y a través de los órganos de expresión de su voluntad, imponga lo resuelto. De esta

haya acompañado o solicitado la adopción de medidas asegurativas en forma. GONZÁLEZ DELEITO Y DOMINGO, en su trabajo *El proceso monitorio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, en la «Revista de Derecho Procesal», año VI, núm. 3, 1950, página 417, hace una afirmación gratuita al decir: «En la práctica suelen pedir los sujetos activos del proceso del artículo 41 la intervención judicial de la administración de la finca o fincas litigiosas, la reposición posesoria del actor, el apercibimiento al demandado de no inquietar o perturbar al actor, etc. Por lo general, el precepto sobre medidas cautelares es letra muerta. Los Jueces no acceden, comúnmente, a la adopción de las mismas».

(35) CHIOVENDA da un concepto del proceso civil diciendo que es el «conjunto de actos dirigidos al fin de la actuación de la Ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por éste en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria» (*Principios de Derecho procesal civil*, tomo I, página 86).

forma se cumple, como ha destacado GOLDSCHMID, una función lógico-jurídica—la de determinar en cada caso lo que es justo—y de otra práctica la de ejecutar lo que como justo se ha reconocido (36). Esa materialización se logra con la actividad trifásica del proceso: declaración, aseguramiento y ejecución (37).

A través del proceso cautelar se protege directa e inmediatamente el bien cuestionado. Este bien, en el procedimiento del artículo 41, será el dominio o derecho real susceptible de posesión, uso o servicio, sobre una cosa inmueble. Es decir, se protege su integridad física, su sustancia íntima. No hay que olvidar que constituyen entidades distintas, cosa, frutos, indemnización y costas. Fruto es toda ventaja económica obtenida de una cosa según su destino, por ello no se considera fruto todos los productos, sino solamente aquellos que al desprenderse no destrazan la unidad integral de la cosa, esto es, que no disminuyen paulatina y sensiblemente la sustancia de la cosa de que proceden (38). La medida asegurativa interesada, bien sea la regulada en el artículo 1.419, 1.428, 1.663 u otras procedentes según los casos, se alcanzará a través del «proceso cautelar» y mediante el ejercicio de la acción—en sentido procesal—(39) correspondiente. La razón o fin de este proceso es, ya lo hemos expuesto, proteger el bien

(36) M. DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil español*, Edit. «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1942, tomo I, pág. 9.

(37) GÓMEZ-ORBANEJA Y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, 5.ª edición, Madrid, 1962, págs. 1 y sigs.; PRIETO-CASTRO: *Manual de Derecho procesal civil*, Madrid, 1959-1961, tomo I, págs. 2 y sigs.; CARNELUTTI: *Sistema de Derecho procesal civil*, trad. Alcalá Zamora y Sentis Melendo, Buenos Aires, 1944, tomo I, páginas 155, dice «... que el examen de la finalidad del proceso se desenvolverá, ante todo, en tres títulos dedicados respectivamente a la jurisdicción, a la ejecución y a la prevención»; KISCH: *Elementos de Derecho procesal civil*, Edit. «Revista de Derecho Privado», trad. Prieto-Castro, 1.ª edición, 1932, págs. 12 y sigs.

(38) Vid. artículos 353 y siguientes del Código civil y para el estudio de cosa y frutos, RUGGIERO, obra citada, tomo I, págs. 474 y sigs.; CASTÁN: obra citada, tomo I, págs. 254 y sigs., y tomo II, págs. 158 y sigs.; ENNECERUS: *Tratado de Derecho civil*, Bosch-Barcelona, 1947, tomo I, vol. I, págs. 547 y sigs.; CERTMANN: *Introducción al Derecho civil*, págs. 138 y sigs.; VALVERDE: *Tratado de Derecho civil*, 4.ª edición, tomo I, págs. 428 y sigs.; DE DIEGO, obra citada, tomo I, páginas 211 y sigs.; COLIN Y CAPITANT: *Curso de Derecho civil*, traducción española, tomo II, vol. II, págs. 461 y sigs.; THUR: *Derecho civil, parte general*, páginas 91 y sigs.; PUIG PEÑA, obra citada, tomo I, vol. I, págs. 283 y sigs.

(39) Sobre el concepto de la acción, pueden examinarse los autores citados en la nota 37, y CHIOVENDA: *La acción en el sistema de los derechos*, 1903 Ensayos, I, págs. 3 y sigs.; CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho*, trad. Enciso, edit. «Revista de Derecho Privado», págs. 266 y sigs.; Miguel y Romero: *Antiguo y moderno concepto de la acción procesal*, en «Revista de Legislación y Jurisprudencia», julio 1928.

jurídico cuestionado. Se trata de salvaguardar el valor inicial de la cosa: *salva rerum substantia*. Es decir, se protege el patrimonio como tal: el dominio o derecho real cuya reintegración posesoria se pretende a través del procedimiento abreviado del artículo 41. Esos bienes constituyen el objeto del proceso (40).

El derecho a los frutos no es sino una consecuencia y derivación de la propiedad de la cosa que los produce, con la restricción del artículo 451 del Código civil, a favor del poseedor de buena fe (41). La indemnización de daños y perjuicios se deriva del actuar directo del demandado respecto de la cosa que se reclama, que puede afectar a su productividad o su contenido económico, cuya apreciación, en su doble modalidad de *damnum emergens* y *lucrum cessant*, corresponde libremente a los Tribunales. La condena en costas se determina en razón a un proceder temerario en el procedimiento cuya fijación y subsiguiente imposición corresponde a la libre valoración del Tribunal. Son, pues, efectos reflejos del derecho cuestionado y del procedimiento entablado. La forma adecuada de garantizar unos y otros es mediante la «caución procesal».

Si por la naturaleza, función y fines asignados al «proceso cautelar» (42) y a la «caución procesal» ambas figuras son diferentes, la posibilidad de sustituir la medida asegurativa decretada—por ejemplo, en el supuesto de la intervención en la Administración—por una fianza (43) no autoriza a mantener identidad de objeto y causa entre una y otra. Su autonomía no se quiebra por la aplicación de una norma que autoriza la subrogación real. Por ello, con todo acierto señala RODRÍGUEZ-SOLANO (44) la función asignada a cada figura: Así, «las medidas del párrafo 2 del artículo 41 y regla 3.ª del 137 del Reglamento se encaminan a garantizar el cumplimiento de dicha resolución en lo que se refiere a la propia finca o derecho real inscrito, o sea, *el verdadero objeto de la pretensión litigiosa...*», y la que es objeto de regulación en el párrafo 4 y 5 del artículo 41 y regla 5.ª y 6.ª

(40) Sobre el objeto del proceso, véase CARNELUTTI: *Sistema...*, tomo II. páginas 572 y sigs.; y autores ya citados.

(41) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1903; «Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide» (art. 433 del Código civil), y «la buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba» (art. 434 del Código civil).

(42) Vid. mi trabajo ya citado.

(43) Vid. artículo 1.423 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(44) Obra citada., pág. 205, núm. 177.

del Reglamento «... va dirigida a garantizar la devolución de los frutos, indemnización de daños y perjuicios y pago de costas, es decir, a asegurar *el resultado económico del juicio...*» Gráficamente REDENTI (45) expresa esa idea al decir que «... los efectos de las providencias finales se hacen remontar en lo posible al momento de la demanda judicial (curso de los intereses, resarcimiento de los daños sobrevenidos en pendencia de litis, efectos de la transcripción de la citación, etc.). Pero todo eso no sirve ya de nada si entre tanto... se han escapado los bueyes».

Sintetizando. El proceso cautelar tiende a asegurar la restitución de la cosa o derecho poseído, mientras que la caución tiende a remediar la lesión derivada de esa pretensión.

III

EFICACIA DE LA CAUCION EN ORDEN AL SUJETO PASIVO DE LA RELACION

A) *Diferencias entre «caución» y «proceso cautelar de tipo formal».*

La diferente naturaleza, función y fines a cumplir, tanto por las medidas objeto del proceso cautelar como las que se agrupan bajo la denominación de cauciones procesales, eliminan la posibilidad de elección por el demandado. La actualización de unas y otras es facultativa del actor o provocador del procedimiento previsto en el artículo 41. Esa actualización tendrá lugar: a) Mediante el ejercicio de la acción cautelar cuando se pretende la adopción de las medidas asegurativas a que se refiere la regla 3.^a del artículo 137 del Reglamento. Esa acción puede ejercitarse en cualquier fase del proceso. Ello no sólo como consecuencia del reenvío que a la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace por la norma citada, sino por expresa disposición de la misma regla, en la que de modo explícito se dispone que:

(45) Autor citado: *Derecho procesal civil*, trad. Sentís Melendo y Avena Redín. Buenos Aires. 1957, tomo II, parte 4.^a. *Procedimientos especiales de cognición y procedimientos cautelares*.

«Las medidas precautorias o de seguridad (que) pueden adoptarse en cualquier momento...» En otro lugar (46) hemos mantenido la posibilidad de su aplicación en grado de apelación. La razón es obvia: ni el artículo 1.419 y siguientes, reguladores de la «intervención en la Administración», ni respecto de las medidas que de forma genérica se pueden adoptar—según los términos del artículo 1.428, también de la Ley de Enjuiciamiento Civil—para las obligaciones de hacer o de no hacer y obligaciones de dar cosa específica, limita el momento de su accionabilidad. Su justificación se basa en los principios teológicos que inspiran al proceso cautelar. b) A través de petición—formulación—, cuando de la caución se trate, llevada a efecto en el escrito inicial.

De lo expuesto se deducen dos consecuencias lógicas: una que hace referencia a la forma *strictu sensu*, y otra, que se refiere a la formulación.

Respecto de la primera cuestión las medidas asegurativas (47), *ad hoc* al derecho real cuya reintegración posesoria se solicita, pueden interesarse, bien en el escrito inicial—regla 2.ª del artículo 137 del Reglamento—, bien en escrito independiente, no sólo por lo que hemos expuesto, sino porque en otro caso carecería de razón la facultad atribuida por la misma norma—regla 3.ª del citado precepto—al disponer «que pueden adoptarse en cualquier momento...» Mientras que la caución necesariamente debe hacerse constar en el escrito inicial, desde luego antes de la citación de la otra parte. En otro caso no podría llevarse a efecto el trámite prevenido en la regla 6.ª, párrafo 1 del artículo 137 del Reglamento, es decir, el requerimiento para que preste la caución.

En estrecha conexión con lo anterior está la cuestión de «formulación». La omisión de la acción cautelar no implica defecto alguno de que pueda adolecer el escrito inicial, ni tampoco impide su ulterior petición. Cuando la omisión afecta a la formulación de la caución, constituye, a nuestro juicio, un defecto subsanable que obliga a una actividad jurisdiccional—providencia—al objeto de que se indique por

(46) Vid. mi trabajo ya citado publicado en la «Revista de Derecho Procesal».

(47) Para claridad lexicológica y subsiguiente fijación terminológica, cuando hacemos referencia al «proceso cautelar», respecto a las medidas susceptibles de encuadramiento en el mismo, empleamos el adjetivo «asegurativas», como género que agrupa las diversas especies. Cuando hacemos referencia a «cauciones procesales», preside la misma idea con los adjetivos de «garantía» y «conservativas». Vid. mi trabajo citado en «Revista de Derecho Procesal».

el actor o bien renuncie a ella expresamente. Por consiguiente, esa omisión no puede interpretarse como renuncia tácita. El párrafo 2 de la regla 6.ª del artículo 137 del Reglamento establece que «el plazo para constituir la nunca podrá exceder de quince días y no se exigirá cuando el titular renunciara a ella expresamente».

Su renunciabilidad es perfectamente factible al amparo del artículo 4.º del Código civil. La caución como «accesorio» del proceso principal, cuando de éste se renuncia o se desiste por el actor, se provoca o arrastra la del derecho accesorio. Este rasgo es común al «proceso cautelar». Es una consecuencia de su naturaleza. El proceso, a través de su triple actividad—declaración, aseguramiento y ejecución—tiende a concretar la voluntad abstracta y genérica de la Ley—como fin directo e inmediato—y la voluntad individual y específica de un sujeto titular de un derecho, o pretendiente al mismo—como fin indirecto o mediato—. El proceso es, pues, instrumento para el «imperio de la Ley». El «proceso cautelar» no tiende a la actualización del Derecho, sino simplemente a que no resulte utópico la realización de ese derecho, por ello el proceso cautelar es «instrumento del instrumento» (48), y como tal sigue la suerte del proceso principal.

Como consecuencia de lo expuesto se deducen otras dos diferencias de índole formal entre «caución procesal» y «proceso cautelar». Una en razón a la intervención que se concede al demandado y otra en función de su eficacia.

El demandado carece de facultad optativa entre una y otras medidas, no sólo por razón de la heterogeneidad de las mismas, sino porque la facultad—potestad—de su formulación o renuncia se atribuye al actor. La intervención del demandado en la adopción de unas y otras vendrá determinada, cuando del proceso cautelar se trate, por los límites mismos del proceso (49). Incluso puede provocarse una obligación «cautoria» respecto de aquel que solicitó la medida asegurativa. Así lo establece, por ejemplo, el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al disponer que, «si el que solicitare estas medidas no tuviese solvencia notoria y suficiente, el Juez deberá exigirle

(48) CALAMANDREI: *Providencias cautelares*, trad. Sentís Melendo. Buenos Aires. 1945. págs. 45.

(49) Por ejemplo, vid. artículos 1.420, 1.899 y 1.900, 1.173 a 1.175 en relación con el 1.179 y siguientes; 1.442 y siguientes; 2.119 a 2.130: todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

previo y bastante afianzamiento para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse» (50). Esa circunstancia es ajena a la «caución procesal».

La caución supone la carga de constituir una garantía que sirva para responder de las consecuencias de una pretensión deducida que, cuando es elevada a la cualidad de *conditio* del proceso, su cumplimiento es ineludible. Hay que tener presente que la especificación de la parte que haya de soportar esa carga se determina en la misma Ley. Unas veces recaerá en quien lo solicita—por ejemplo, artículos 1.402, 1.428, etc.—, otras se impone a la parte contra quien se dirige la pretensión. Este es el supuesto del procedimiento del artículo 41. Su justificación se encuentra en la presunción posesoria que al titular inscrito atribuye el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Por ello no puede pensarse que la caución exigida—*adecuadamente*—constituya un obstáculo al desenvolvimiento del proceso en perjuicio de la justicia. Esa circunstancia cabría si la resolución final gozara de la santidad de cosa juzgada. Se trata de proteger al titular librario de la posible lesión que se cauce en su derecho por quien, *prima facie*, no debe ostentar la posesión, ya que se presume coincide con la titularidad registral. Lo expuesto no tiene lugar respecto del «proceso cautelar» que se da siempre contra aquel que se dirige la acción.

Siguiendo ese razonamiento cabe atribuir al proceso del artículo 41 dos consecuencias en orden a su eficacia procesal: una «directa y mediata», que está representada por la fase de cognición—*summaria cognitio*—, regulada en dicho artículo; y otra de naturaleza «indirecta e inmediata», representada por la caución procesal exigible. Uno y otro efecto tienden al mismo fin reintegrativo. La caución es llave que abre y da acceso al poseedor para formular la demanda de contradicción. La Ley ha querido y de hecho ha establecido esa distinción: reintegración posesoria caracterizada por su «inmediatividad»—caso no prestar la caución—y otra fase de contradicción, caracterizada por su «perentoriedad». De ese efecto se desprende otra nota de diferenciación con el proceso cautelar, ya que éste no provoca tal resultado (51).

(50) Vid. artículo 1.402 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.

(51) Los otros supuestos regulados en el número 5 del artículo 137 del Reglamento—no comparecencia del demandado y allanamiento expreso o tácito—(no contestación a la demanda—no formulación de la demanda de contradicción—) en realidad implican una conformidad con la *praesumptio iuris seu legis* de ca-

La determinación del *quantum* exigible, unilateralmente señalado por el actor, corresponde al Juez. Es el órgano jurisdiccional quien establecerá la adecuación—el párrafo 4 del artículo 41 habla de «... caución adecuada...»—correspondiente entre la cuantía de la solicitada por el titular del derecho inscrito y la que resulte justa, según la pretensión cuya reintegración posesoria se ejercita. El demandado carece, por tanto, de facultad de intervención en el momento inicial de su fijación. Se acuerda «inaudita parte»: sin oírle. La fijación cuantitativa de la «caución» se establece previamente por el Tribunal al tiempo de examinar el escrito inicial y apreciar la concurrencia de los requisitos de admisibilidad. Deberá prestar la caución en la cuantía y naturaleza exigida, en el plazo de quince días, previsto en el párrafo 2 del artículo 137 del Reglamento, si quiere evitar la pérdida de la posesión que ostenta frente al titular inscrito.

La caución así exigida garantizará el triple concepto de frutos, indemnización de daños y perjuicios y costas. Estos conceptos son contingentes y aleatorios, porque dependen de su justificación en el período correspondiente, así como de la existencia de motivos apreciables por el Tribunal.

B) *Exigibilidad de la caución.*

La caución exigible al demandado, en el supuesto que examinamos una vez establecida, tiene característica de inalterable. No puede ser objeto de modificación por el Juez que la señaló (52). Si el actor no aceptara la que como justa se hubiese fijado por el Juez, reduciendo a su prudente arbitrio, la que se hubiese señalado en el escrito inicial podrá impugnarla mediante los recursos oportunos. Pero una vez dictada la resolución determinante de la caución, el demandado carece, prácticamente, de facultad impugnativa. No se debe

rácter *turis tantum*, establecida por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Sobre las presunciones puede examinarse la magnífica monografía de SERRA DOMÍNGUEZ: *Normas de presunción: en el Código civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ediciones Nauta, S. A., Barcelona, 1963.

(52) Vid. artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No se pueden variar ni modificar las resoluciones por quien las haya dictado. La razón es perfectamente comprensible, sobre todo cuando se trata de sentencias. Afirmar otra cosa daría lugar a la inseguridad y desconfianza, y los pleitos no terminarían si fuera dable la modificación de las resoluciones por el propio órgano que las dictó. Para que puedan ser modificadas es preciso impugnación de parte.

olvidar: a) que habrá de prestar la caución exigida en el plazo de quince días; b) que el procedimiento del artículo 41 no puede suspenderse ni entorpecerse, y c) que hasta antes de formular la demanda de contradicción los recursos únicamente serán admisibles en un solo efecto. En consecuencia, si quiere ser parte en sentido procesal, ha de evitar transcurra el indicado plazo sin satisfacer la caución, ya que se expone a incurrir en el supuesto previsto en la regla 5.ª del artículo 137 del Reglamento (53).

Así, prácticamente se encuentra el demandado inerte frente a ese obstáculo procesal. Tal consecuencia se deduce del número 6 del artículo 137 del Reglamento en relación con el 10 y 5.º del referido precepto. Por consiguiente, la primera actividad del demandado será su personación en autos, y, hasta tanto no lo haya verificado, no alcanzará la conceptualización jurídico-procesal de parte materializada en el proceso (54). Desde ese momento podrá actuar en el proceso (55), pero sólo cuando preste la caución exigida se iniciará la segunda fase o de «contradicción».

De lo expuesto se deduce que el demandado podrá hacer objeciones respecto a la cuantía o a la forma en que debe ser prestada la caución, pero, en el interín, no queda exonerado de la obligación de prestarla. Por ello la garantía que le protege se deriva del «prudente arbitrio» judicial.

Múltiples han sido las tachas y defectos de que se han acusado a la caución prevista en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, generalmente inspiradas en el sentido de abogar por su desaparición o bien que sea objeto de una minuciosa reglamentación de modo que el Juez tenga unas bases para proceder a la fijación del *quantum* (56)

(53) Véase la resolución de la Audiencia Territorial de Valencia de fecha 19 de septiembre de 1952, glosada en la obra citada de SALAMERO CARDO, págs. 508-9.

(54) Vid. REDENTI, obra citada, tomo I, pág. 151, que dice: «De todos modos, se usa a veces, y no está mal, las expresiones calificadas de *parte en sentido procesal* para aludir al fenómeno (y a la relación) del proceso, y de *parte en sentido sustancial* para aludir al hecho de ser parte del derecho sustancial o de la acción, o por lo menos de la acción pretensión».

(55) Se plantea el problema, que no examinaremos en esta ocasión, de la posible invocación de ciertas excepciones de naturaleza dilatoria.

(56) Vid. PRIETO-CASTRO en el trabajo *Dispensa de la caución del artículo 41 en caso de pobreza legal*, comentario a la resolución de la Audiencia Territorial de Madrid (Sala 2.ª), auto de 30 de junio de 1948, en «Revista de Derecho Procesal», año IV, núm. 2, 1948, pág. 364, que se muestra partidario de este criterio; ENRIQUEZ LÓPEZ: *El proceso de ejecución de las acciones reales*, en esta REVISTA, año 1946, tomo XIX, pág. 248.

exigible. Así RODRÍGUEZ SOLANO (57) dice que la caución tiende a «garantizar el pago de costas y resarcimiento de daños y perjuicios, y como ninguna disposición del precepto impone como obligatoria la condena en costas ni aun siquiera de un modo claro, la indemnización de esos perjuicios y devolución de frutos en realidad la exigencia de la caución constituye tan sólo un impedimento para la defensa del litigante contrario al titular registral incompatible con los más sanos principios en que deben estar orientada la justicia y la equidad, y en que el órgano legislador debe pronunciarse» (58).

C) *Construcción conclusiva.*

El artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que ha sido objeto de ponderación sin límites, ha gozado más bien de acusado disfavor en orden a la regulación de las medidas de garantía y asegurativas y, dentro de ellas, nos referimos expresamente a la «caución» y al modo de regular el arbitrio judicial que se reconoce en dicho precepto. Nuestra opinión, que anticipamos, es favorable al régimen jurídico que dicho precepto establece en la materia.

Dados los fines perseguidos por el artículo 41, tendentes a la inmediata reintegración posesoria de los derechos reales inscritos, a su efectividad ha contribuido, de modo extraordinario, la inteligente ordenación de las medidas preventivas que en el mismo se establecen. La armónica conjunción del «proceso cautelar» y de las «cauciones procesales» han cooperado a la eficacia de dicho proceso. La orientación doctrinal que inspiró el contenido del párrafo 4 del artículo 41 y número 6 del 137 de la Ley y Reglamento, respectivamente, responden a la más pura orientación de las escuelas modernas (59), ins-

(57) Autor y obra citada, págs. 229 y sigs.

(58) En un sentido análogo se manifiestan otros autores como DEL VALLE FUENTES: *Consideraciones sobre la nueva Ley reformando la Ley Hipotecaria. Naturaleza jurídica del procedimiento que implanta el artículo 41 de la nueva Ley*, en esta REVISTA, 1948, págs. 560 y sigs.

(59) Vid. GUSTAV BOEHMER: *El Derecho a través de la jurisprudencia: su aplicación y creación*, Bosch, 1959, Barcelona, traducido y anotado por Puig Brutau; HANS PLANITZ: *Principios de Derecho privado germánico*, Bosch, 1957, Barcelona, traducción Melón Infante; MANS PUIGARNAU: *Hacia una ciencia general del Derecho*, Bosch, 1962, 2ª edición, Barcelona; CASTÁN: *Perspectivas filosófico-jurídicas del pensamiento contemporáneo*, discurso leído en la apertura de Tribunales en Madrid en 15 de septiembre de 1958, y también *Crisis mundial y crisis del Derecho*, discurso pronunciado en la apertura de Tribunales en 15 de septiembre de 1960, y la abundante bibliografía citada por los mismos.

piradas en el reconocimiento de una mayor flexibilidad y autonomía al poder judicial, que, en todo momento, se ha mostrado con la ponderación y equilibrio suficiente para llevar a efecto una paciente contribución en la elaboración del Derecho, inspirada en los principios fundamentales de justicia (60). No deben ni pueden establecerse barreras, minimizando los supuestos de actuación de los Tribunales. Si se proyectara esa idea empírica al plano de la justicia, equivaldría a su anquilosamiento y muerte. COUTURE (61) exhorta a los letrados a tener «fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz, como sustituto bondadoso de la justicia; y sobre todo..., en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz».

La expresión de la regla 6.^a del artículo 137 del Reglamento no sólo encierra los límites más exactos y ponderados al establecer que «se les requerirá para que presten la caución *adecuada* exigida por la Ley en la cuantía solicitada por el titular, si el Juez la encontrare *justa...*», sino que llega al más alto nivel de equilibrio y belleza concepcional de lo justo, al facultar al órgano jurisdiccional para que «si la estimase excesiva la (reduzca) a su prudente arbitrio».

Al establecer el «arbitrio judicial» lo hace en relación directa e inmediata con lo que constituye la esencia de la función: lo justo. El arbitrio judicial es aquella facultad decisoria que se atribuye al Juez para resolver en puntos concretos y a los que la norma no puede descender, dada la individualización de los supuestos que pueden plantearse. Pero ha de tenerse en cuenta que «arbitrio judicial» no quiere decir arbitrariedad. Nada más lejos de ello. Supone un actuar consciente que ha de tener como principio o razón motriz, la idea de lo justo. Unas veces esa idea se expresa concretamente por el legislador, como en el supuesto examinado, otras está latente en la misma norma, si bien en uno y otro supuesto constituye el actuar de los órganos jurisdiccionales.

Lo justo es una virtud que inclina a dar a cada uno lo que le pertenece. Es un sentimiento connatural e inmanente del propio ser. Está insito en nuestra propia esencia. Esa virtud imperecedera cons-

(60) BRONDO BRONDI, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», conferencia pronunciada el día 16 de mayo de 1951 bajo el título *La ciencia del Derecho como arte de lo justo*.

(61) Autor citado, en su extraordinario opúsculo *Los mandamientos del Abogado*, Buenos Aires, 1951, 8.º mandamiento, pág. 51.

tituye la sustancia que nutre la función misma de los órganos jurisdiccionales. De ella ha tomado su nombre y por ella actúa y procede, si bien con la humana falibilidad. Constituye su *affectio animi*. Es la *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere* de Ulpiano.

Dar a cada uno lo suyo—*sum cuique tribuere*—. Santo Tomás entiende por *suyo* «todo lo que está subordinado al hombre o establecido para su utilidad» (62). Por lo expuesto hemos de sentar la conclusión de que la plasmación del «arbitrio judicial» en la forma que se regula en la regla que comentamos supone un afán de coordinación entre Derecho y Justicia, llevada a efecto bajo la cristalización del pensamiento de Celso. Equidad como manifestación de lo justo (63). *Bonum et aequum*: indica justicia, y la actividad de los órganos jurisdiccionales se informan de esos principios.

Entendemos, por consiguiente, que en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria se ha de proyectar con más intensidad esa facultad en razón de los especiales intereses que se tratan de proteger. Han de conciliarse, de un lado, la fuerza prevalente de la presunción de legitimidad que establece el artículo 38, de subsiguiente inmediatitud en la reintegración posesoria, y, de otro, la situación reflejada por la realidad extrarregistral, que puede merecer asimismo protección, pero en el interin se reconoce preferencia a la apariencia de realidad libraria, que está bajo la salvaguardia directa de los Tribunales—artículo 1.º de la Ley Hipotecaria—frente a la protección remota que puede dispensarse al demandado. Para la conjugación preventiva de esos intereses antagónicos que al proceso abocan, entre un no poseedor que puede poseer y un poseedor que puede continuar en esa posesión, la *aequitas* debe ser la *ratio essendi* que inspire la «caución procesal».

Por las razones apuntadas estimamos como uno de los mayores aciertos del proceso regulado por el artículo 41 el régimen que se establece respecto de la caución procesal. Ahora bien, para su estimación valorativa—fijación del *quantum*—es necesario tener en cuenta los elementos de índole objetiva que en el mismo intervienen: frutos, indemnización de daños y perjuicios y costas, así como las características y circunstancias precisas para que puedan ser objeto

(62) Con esta idea fundamental están conformes todas las definiciones, tanto de los expositores paganos (Aristóteles, Cicerón, Ulpiano) como cristianos (San Agustín, San Ambrosio, etc.) y tanto en teólogos como filósofos y juristas.

(63) BRONDO BRONDI, conferencia citada, págs. 331 y sigs.

de plasmación en la parte dispositiva de la resolución final, teniendo en cuenta su contingencia y motivación.

Si el jurista desea evitar la permisiosa disociación entre Derecho y Justicia, entre el puro dogmatismo y lo justo, debe considerar la realidad tal cual es. Es decir, como se desenvuelve la vida, adaptando a ella las normas. Y una forma de llevar a efecto esa coordinación es mediante el «arbitrio judicial» en la forma que lo concebimos y se proyecta en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria y 137 del Reglamento. No podemos olvidar que la vida es siempre un *prius*, mientras que el Derecho es un *postertus*, y que éste debe adaptarse a aquél.

JOSÉ LUIS RUIZ-SÁNCHEZ,
Magistrado.