

La adopción de medidas cautelares en el proceso civil y la asistencia jurídica gratuita

José Manuel Pastor Álvarez
Universidad de Deusto

Resumen

El presente artículo es un breve estudio sobre un tema que se ha tocado poco en la doctrina española: cómo puede solventarse la falta de capacidad económica a la hora de prestar la caución necesaria para la adopción de medidas cautelares dentro de un proceso civil, y el modo en que la asistencia jurídica gratuita debería hacerse cargo de ella. En primera instancia se han estudiado los fundamentos de la asistencia jurídica gratuita a modo de introducción; a continuación, se ha presentado la colisión de ésta con los fundamentos de la caución en las medidas cautelares; finalmente, se han presentado y criticado algunas de las alternativas propuestas por diversos autores españoles, eligiendo entre ellas la más adecuada a día de hoy para solventar la problemática.

Palabras clave: medidas cautelares, proceso civil, caución, asistencia jurídica gratuita, crítica, soluciones.

Abstract

The following article is a brief study about a topic which has not been much addressed in Spanish doctrine: how the lack of economic capacity can be eased when talking about the guarantee needed to take precautionary measures in the civil process, and how free legal assistance should take care of it. In the first instance, we have studied the basis of the free legal assistance; then, the clash between it and the basis of the guarantee in preventative measurements has been introduced; finally, we have presented and criticized some of the alternatives proposed by several Spanish authors, choosing between them the most adequate for solving the problem.

Keywords: precautionary measures, civil process, guarantee, free legal assistance, critic, solutions.

ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
LAJG	Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

1. A modo de introducción: los fundamentos de la asistencia jurídica gratuita

Para poder plantear con corrección la pregunta que constituye el objeto de este comentario — ¿Debe incluirse el pago de la caución para adoptar medidas cautelares dentro de la asistencia jurídica gratuita? — se debe acudir a la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Esta ley es la materialización del artículo 119 de la Constitución Española, que remite al desarrollo legal de la gratuidad de la justicia. En su exposición de motivos se encuentra el gran pilar de esta institución: el carácter asistencial del Estado Democrático de Derecho, representado en el artículo 24 de la CE.

En efecto, en el apartado 1 del artículo 24 CE se encuentra la tutela judicial efectiva. Ésta se trata, tal y como señala la doctrina constitucional, de un “derecho fundamental de carácter autónomo y con contenido propio”,¹ aunque en realidad constituye un derecho que no es directamente oponible desde la Constitución; se trata de un derecho de prestación que únicamente es posible ejercerlo por los cauces creados por el legislador *ad hoc*.²

Continuando con los fundamentos, el apartado 2 del mencionado artículo establece que “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías [...]”. Del tenor de estas normas se extrae que toda persona debería poder ser capaz de litigar para hacer valer sus derechos, sin importar su situación económica. Sin embargo, una parte de la doctrina considera que la caución también cumple una función sociológica, ya que crea una mayor responsabilidad de las partes ante el ejercicio de unas concretas facultades en el proceso que la ley les brinda.³

¹ STC 2º de 14 de agosto de 1985, nº rec 824/1984

² STC 2º de 5 de noviembre de 1985, nº rec 14/1985

³ Lluís Caballol Angelats, *La ejecución provisional en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 211

A modo de conclusión, de estos fundamentos mentados en la exposición de motivos de la LAJG se extrae la voluntad del legislador de eliminar los obstáculos y dificultades que impiden que las personas que carecen de recursos puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita.

Dentro del ámbito personal de aplicación de la LAJG, se puede apreciar que su paraguas es universal, ya que abarca a toda aquella persona que esté en necesidad de litigar ante un tribunal español. Existe una numerosa y muy ilustrativa jurisprudencia respecto de esta amplia protección, como es la STS 3º de 17 de junio de 2013 (nº rec. 4353/2012), en la que se le concede la asistencia a un extranjero solicitante de asilo en España.

Los requisitos que ha de reunir una persona para poder acceder a la justicia gratuita se encuentran en el artículo 3 de la LAJG:

- Es necesario que la persona no supere entre dos y cinco veces el IPREM,⁴ en función de si está o no integrada en la unidad familiar y de los miembros que haya en ésta. En lo que se refiere a las personas jurídicas, su resultado contable del cómputo anual no podrá superar el triple del IPREM.
- Es necesario que la persona litigue por intereses y derechos propios; en caso de que sea un representante, los requisitos se aplican al representado.

El IPREM está establecido para este año 2017 en la cantidad anual de 6.454,03 euros.⁵ Se trata pues de una cantidad de dinero tal que hace suponer que la persona que no sea capaz de superarla dos veces —12.908,06—, tampoco será capaz de hacerse cargo de las costas derivadas de un proceso judicial, lo cual puede llevarla a no litigar. Esto vulneraría la tutela judicial efectiva, y por ello existe la asistencia jurídica gratuita. Antes de poder analizar la situación objetivamente y fundar correctamente el comentario, se va a proceder a estudiar el contenido de la asistencia jurídica gratuita.

2. Colisión con la prestación de caución en las medidas cautelares.

Las circunstancias que ampara la LAJG están contenidas en el artículo 6 de la LAJG. Sin embargo, hay un gasto que puede devenir fundamental en el proceso que no viene cubierto por la asistencia jurídica gratuita: se trata de la caución que debe prestarse para responder de forma rápida y efectiva a los daños y perjuicios que puede causar la adopción de la medida cautelar al patrimonio del demandado.

En efecto, uno de los requisitos para que se puedan adoptar las medidas cautelares es la prestación de caución suficiente. Este requisito viene recogido en el artículo 728 LEC, y la única

⁴ Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.

⁵ Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017. Disposición adicional centésima séptima.

excepción a la prestación de caución son “los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”. Resulta muy interesante, en palabras de ORTEGO PÉREZ, que “el legislador parece olvidar pronto aquellas palabras del preámbulo de la vigente LEC sobre el binomio de economía y proceso, como lo demuestra la manera con la que en ocasiones traduce el interés del justiciable a términos simple y llanamente pecuniarios.”⁶

Esta situación, pues, hace pensar en varios supuestos que pueden llegar a producirse. Por ejemplo, póngase que A es una persona física de cierta fama que percibe unos ingresos de 6.000 euros anuales, no superando así el doble del IPREM, y que tampoco posee apariencia de tener patrimonio para poder cubrir los gastos del proceso. A es, pues, apto para ser beneficiario de la asistencia jurídica gratuita. En este sentido, B toma unas fotos privadas de A para luego publicarlas en una revista muy conocida del país.

En este supuesto existe *periculum in mora*, ya que por la dilación del proceso se pueden llegar a causar mayores daños. También existe *fumus boni iuris* o la apariencia de buen derecho, es decir, que aparentemente quien tiene mejor derecho es A. Se debe añadir a estos requisitos un tercero, que es la prestación de caución suficiente para hacer frente a los posibles daños y perjuicios que pueden causarse a B.

En efecto. se dan todos los requisitos que pide la ley para que se pueda otorgar una medida cautelar.⁷ La posible medida cautelar consistiría en que no se publicase el próximo número de la revista, pues contiene las fotografías que causarían daño a A. Sin embargo, no existe ninguna razón por la cual se exima a A de pagar esa caución, la cual, además, no está cubierta por la asistencia jurídica gratuita. Por ello, A se encontraría en una situación en la que se va a ver perjudicado: al no poder prestar caución suficiente no se va a poder aplicar la medida cautelar, por lo que se va a causar un mayor perjuicio a A. ¿Qué soluciones se pueden dar a esta situación que aparentemente choca con los artículos 14 y 24 CE? O, en las acertadas palabras de Marín Pageo, “¿Debe primarse la efectividad de la ejecución de la sentencia futura, sobre la protección al respeto de los bienes y derechos del demandado y, en consecuencia, adoptarse una medida cautelar sin caución en los casos en que el demandante no tenga capacidad económica suficiente?”⁸

2.1. Aplicación analógica del artículo 6.5 LAJG

En primer lugar, parece surgir una solución doctrinal en la aplicación analógica del artículo 6.5 LAJG, el cual establece que se exime el pago de los depósitos necesarios para la interposición de recursos; sin embargo, no existe razón lógica alguna para aplicarlo, ya que en realidad la

⁶ Francisco Ortego Pérez, *La caución procesal y su exigencia en supuestos concretos de la ejecución forzosa*, 2012

⁷ Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, artículo 728.

⁸ Encarnación Marín Pageo, *Notas en torno a la contracautela en el proceso civil como manifestación del derecho a la tutela efectiva. Su presunta colisión con el art. 14 de la Constitución*.

prestación de la caución tiene un fundamento distinto del depósito para interponer un recurso. Los depósitos para interponer un recurso tienen como fundamento evitar que se recurra sin fundamento y únicamente con un ánimo dilatorio del proceso, mientras que la caución tiene su razón de ser en la compensación por los posibles daños y perjuicios que pudieran causarse al demandado en caso de no ser estimada la demanda: se abriría la posibilidad a los abusos legales por parte de una persona que pide la ejecución de una medida cautelar. Una parte de la doctrina, como es Pérez Daudí, considera que “eximir a la parte actora de pagar la caución sería una expropiación del derecho del demandado a la indemnización por daños y perjuicios causados.”⁹

Respecto al tema de los abusos del ordenamiento jurídico —y es que una medida cautelar que no exija caución puede promover las acciones dilatorias de la parte actora en el proceso, ya que serían gratuitas, sin ningún tipo de perjuicio para ésta—, también es cierto que únicamente se está eliminando uno de los tres criterios según los cuales el juez ha de ejecutar la medida. Con esto se quiere decir que, en el supuesto práctico de la publicación de fotografías íntimas, el juez puede efectivamente apreciar la apariencia de buen derecho en A, además de apreciar el peligro en la dilación del proceso civil. No por no ser capaz de prestar la caución se debería desatender los dos criterios restantes y menos en una situación donde son tan claros como en ésta —si bien es cierto que el mundo del derecho no es habitualmente tan claro como en esta ocasión—: es una cuestión que se va a resolver en el siguiente apartado.

Existen precedentes de conductas llevadas a cabo en juicio, como es el caso que figura en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1987 —nº rec. 354/1987—: en ella, el actor reclamaba una serie de bienes inmuebles, solicitando además la anotación preventiva en el Registro. El juez de primera instancia se la concede, previa prestación de una caución de 25 millones de pesetas. El actor interpone recursos contra la caución esgrimiendo el argumento de que vulnera el artículo 14 CE por serle exigida una caución aun estando dentro del amparo de la justicia gratuita —haciendo la aplicación analógica de la que se ha hablado anteriormente—. Además, aparte de la vulneración del principio de igualdad, el actor mantiene también que no es justo que se le exija una caución de “cuantía excesiva” cuando posee acceso a la justicia gratuita. Respecto de la vulneración del artículo 14 CE, acierta el Tribunal Constitucional al decir que efectivamente no existe tal, ya que la norma que exige la caución y la norma que exime de abonar los depósitos necesarios para la interposición de un recurso, ya que “prevén situaciones de hecho dispares”. Además, “para que pudiera hablarse de esa desigualdad se precisaría, en efecto, aportar el término de comparación y acreditar en qué casos se ha aplicado la norma en cuestión de modo distinto o contrario, con resultado discriminatorio, y por el mismo Juez o Tribunal, según reiteradísima doctrina del TC”.¹⁰ En lo que respecta al último argumento esgrimido por el actor, muy acertadamente el Constitucional concluye que la prestación de la caución no choca con el derecho a la tutela judicial efectiva ni con el derecho a la justicia gratuita, ya que como se ha señalado antes, el fundamento de esta caución es que existen intereses contrapuestos, y el interés legítimo de la parte demandada también tiene que verse protegido para evitar la indefensión.

⁹ Vicente Pérez Daudí, *La asistencia jurídica gratuita y las medidas cautelares en el proceso civil*.

¹⁰ STC de 17 de diciembre de 1987, nº rec. 354/1987

2.2. Prestación de una caución reducida

La segunda solución propuesta por la doctrina sería la toma en consideración de la capacidad económica del solicitante por parte del juez, de modo que cuantificase una caución más reducida para permitirle solicitar la medida cautelar: de este modo se buscaría lograr una mayor equidad sin impedir al solicitante defender pertinentemente su derecho. Parece una opción razonable, ya que de este modo se logra encontrar una postura intermedia que protege ambos derechos contrapuestos por igual.

Sin embargo, el criterio que debe seguir el juez a la hora de cuantificar la caución es el de los posibles daños y perjuicios que llegarían a causarse, por lo que se estaría beneficiando el derecho de una parte en detrimento de otra: se volvería de este modo al razonamiento del apartado anterior, que no se puede dejar desprotegido el interés de la parte demandada. En última instancia, los derechos de ambos se consideran correlativos: de la misma forma que el demandante puede pedir una medida cautelar en su favor, el demandado puede exigir lo contrario; de esta afirmación tan básica se extrae que el juez no debe dejar de tomar en consideración el derecho y la protección del demandado.

Sin embargo, que el juez deba seguir el criterio de los daños y perjuicios que pueden ocasionarse para cuantificar la caución necesaria abre las puertas a una solución alternativa relacionada con la cautela reducida, para la cual se deben desglosar las medidas cautelares en dos grandes tipos: las medidas cautelares conservativas —esto es, simples inscripciones en el registro— y las anticipativas de los efectos de la sentencia. En el caso de las medidas cautelares conservativas, por lo general, los daños y perjuicios que pueden derivarse serán mínimos; mientras que en el segundo caso serán de muy difícil y elevada cuantificación.

Se trataría de una solución a medias, a caballo entre el mantenimiento del *statu quo* de la institución de la medida cautelar y la mejora de la tutela judicial efectiva dentro del proceso.

2.3. Asunción estatal del pago de la caución

Se trataría de una medida propuesta por algunos autores como Ramos Romeu. A priori es una solución utópica, que asume una postura de marcado carácter estatista. En la teoría, se dice que el Estado debe prestar la caución necesaria en los casos que no sea posible su aportación por parte del actor por causas económicas, es decir, cuando tenga acceso a la justicia gratuita. ¿Resuelve el problema de la vulneración de los intereses del actor al no poder prestar la caución? ¿Resuelve el problema del conflicto de intereses entre ambas partes? La respuesta a ambas cuestiones, planteadas como centrales, es afirmativa.

La idea sería que la Administración junto con el juez controlasen la concurrencia de los presupuestos necesarios para que pueda aplicarse una medida cautelar. Sin embargo, es de pensar que aparecen varios problemas dentro de esta teoría: para comenzar, no hay duda que los intereses discutidos en el proceso son privados, por lo que no tendría sentido la intervención de

la Administración controlando la concurrencia de los presupuestos; por otro lado, se incurriría en una mayor dilación del proceso al tener que contar con el veredicto positivo del órgano administrativo pertinente para proseguir: se aumentaría el nivel de trámites a nivel interno que se deben llevar a cabo, incurriendo en un problema de pura burocracia y retrasando un proceso que se fundamenta en el *periculum in mora*.

Sin embargo, y a pesar de que pueda parecer sobrecargar la figura del Estado, es la medida más adecuada para solventar el problema a día de hoy, sin perjuicio de que también tiene determinados errores, y que no es perfecta. Es cierto que esta medida logra apaciguar —en la teoría— los intereses contrapuestos de las partes, pues ni la persona receptora de la asistencia jurídica gratuita debe hacer un desembolso que no tiene capacidad económica de hacer para pedir algo que le es legítimo, por un lado; ni la persona a quienes se le van a aplicar las medidas cautelares verá mermado su derecho de ser restituida en caso de desestimarse la demanda, por el otro.

En cuanto al problema de que el Estado —ente público— deba intervenir en un proceso de carácter privado, no es una problemática real, ya que entra en defensa del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, incluso a una igualdad real entre las partes. Cabe recordar aquí que en realidad no se vulnera el derecho a la igualdad —tal y como admite el TC—, pero aun así es inevitable reconocer que las partes no se encuentran en la misma posición en el procedimiento cuando una de ellas no posee los medios económicos: es una medida que puede implantar el Estado para acabar con los efectos de las desigualdades cuyo origen está en motivos puramente económicos, sobre todo teniendo en cuenta que el desembolso no sería tan elevado si se considera que sólo intervendrá en supuestos cubiertos por la asistencia jurídica gratuita y que habrá una valoración previa y exhaustiva del *fumus boni iuris*. Es decir, se intentarían evitar los abusos de esta institución mediante un examen *ex ante* de la situación de apariencia jurídica más profundo de lo que ya se hace, sin perjuicio de que además ello sólo se llevará a cabo en supuestos cubiertos por la asistencia jurídica gratuita.

Finalmente, la problemática que surge en tanto a que se fomenta y se perpetúa la burocracia judicial, pudiera solventarse mediante una reforma no prevista por la doctrina, que implicaría una reforma de la LEC en la que se establezcan determinados plazos reducidos —motivados principalmente por el *periculum in mora*— para estas situaciones que plantearían tantos problemas de dilación.

Esta postura es la más acertada en cuanto a derecho y en cuanto a la configuración de un Estado que vele por los intereses de sus ciudadanos.

3. A modo de conclusión

Si bien es cierto que la caución en la asistencia jurídica gratuita es un tema muy poco tratado por la doctrina española, entre la que apenas existen voces discordantes con dicha institución, considero que es un tema de importancia fundamental, ya que toca la igualdad de las partes en un procedimiento —una vez más, recordando que no se trata de la igualdad como derecho fundamental— y la tutela judicial efectiva. En efecto, resulta extraño que tan pocos autores se hayan molestado en criticar o en tratar de mejorar una institución como ésta en casos de deficiencia económica, ya que son supuestos bastante problemáticos. De cualquier modo, de entre todas las soluciones propuestas la más racional —teniendo en cuenta lo que a continuación se dirá— actualmente es la postura estatalista, pues tiende a conciliar todos los intereses de las partes como se ha explicado anteriormente.

Uno de los problemas que existe es el hecho de que pueda perpetuarse la burocracia, de forma y manera que la dilación del proceso acabe jugando en contra del *periculum in mora*. Una de las soluciones que desde aquí se proponen, no prevista por la doctrina ni por la jurisprudencia, es la reforma de la LEC para establecer plazos más reducidos. Además, teniendo en cuenta que los casos donde se ven confrontadas la asistencia jurídica gratuita y la solicitud de medidas cautelares son realmente escasos, no va a existir un exceso de situaciones en que verdaderamente se copen las labores judiciales con revisiones de las condiciones para conceder la caución estatal.

Sin embargo, y pese a ser considerada la postura más acertada, presenta una gran serie de críticas y de problemas desde el punto de vista político. En efecto, el Estado democrático y de derecho no puede actuar como un prestamista, como un ente que concede créditos a los particulares para hacer frente a determinados gastos que por sí mismos no pueden llevar a cabo. Debe ser un garante de los intereses de los ciudadanos, pero no hasta el punto de que se pueda perjudicar la propia economía, sobrecargando los gastos públicos de esta manera. Se trataría de un problema de política legislativa o de simple política, en el que se debería determinar qué clase de Estado se busca: un estado totalmente garantista con los derechos de sus ciudadanos sin tener en cuenta su capacidad económica, propio de regímenes de economía planificada e intervencionistas; o un estado de corte más democrático-liberal, acorde con el sistema de democracias europeas.

Por todo lo expuesto, se considera que la posición más tendente a garantizar los intereses de todas las partes es la postura estatalista, con las modificaciones que en este comentario se proponen y que difieren de la doctrina.

4. Bibliografía

4.1. Libros

Javier Larena Beldarrain, Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa y otros, “*El proceso civil: recursos, ejecución y procesos especiales*.” en Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa (Ed.) “*Las medidas cautelares*.” (Dykinson, 2016)

Francisco Ramos Romeu, “*Las medidas cautelares civiles*” en “*Ch. 4: La caución cautelar*” (Atelier, 2006)

Lluís Caballol Angelats, “*La ejecución provisional en el proceso civil*” (Bosch, 1993) p. 211

4.1. Artículos doctrinales

Encarnación Marín Pageo, *Notas en torno a la contracautela en el proceso civil como manifestación del derecho a la tutela efectiva. Su presunta colisión con el art. 14 de la constitución*. Diario La Ley, 1988, pág. 855, tomo 3, Editorial LA LEY

Francisco Ortego Pérez, *La caución procesal y su exigencia en supuestos concretos de la ejecución forzosa*. Práctica de Tribunales, 2012, núm. 95, p. 6-14

Vicente Pérez Daudí, *La asistencia jurídica gratuita y las medidas cautelares en el proceso civil*. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-18, tomo 1, Editorial LA LEY

4.3. Legislación

Constitución Española

Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017. Disposición adicional centésima séptima.

Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

4.4. Jurisprudencia

Sentencia Tribunal Supremo, sala 3º de lo contencioso-administrativo, de 17 de junio de 2013, nº rec. 4353/2012

Sentencia Tribunal Constitucional, sala 2º, de 5 de noviembre de 1985, nº rec 14/1985

Sentencia Tribunal Constitucional, sala 2º, de 14 de agosto de 1985, nº rec 824/1984

Sentencia Tribunal Constitucional, de 17 de diciembre de 1987, nº rec. 354/1987