

EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA DE LA PARTE ACTORA Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL

Vicente Pérez Daudí
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona
perezdaudi@ub.edu

TEMA. ALCANCE DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA: BENEFICIARIOS Y PRESTACIONES. CARENCIAS ACTUALES.

SUBTEMA. PRESTACIONES DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. RELACIÓN CON LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL.

1. RESUMEN.

En esta comunicación voy a analizar la incidencia que tiene la solicitud y, en su caso, concesión de la asistencia jurídica gratuita en la adopción de las medidas cautelares.

El régimen de postulación procesal del incidente de adopción de medidas cautelares será el mismo que el del proceso principal cuando la solicitud se presente junto con la demanda o una vez iniciado el proceso (art. 23 y 31 LEC). Sin embargo, si se realiza antes del inicio del proceso y acredita la urgencia¹ no será necesario que comparezca representado por procurador ni defendido

¹ DIEZ-PICAZO GIMENEZ exige acreditar la urgencia para que se pueda presentar la solicitud de adopción de la medida cautelar sin postulación procesal (en *Curso de Derecho Procesal Civil, parte especial*, Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 495).

por abogado al exceptuarlo los arts. 23.3 y 31.2 LEC en los escritos que tengan por objeto solicitar medidas urgentes (recuerdo que este es el requisito para adoptar una medida cautelar con carácter previo)². De todas formas considero que la regla general es la exigencia de postulación procesal, siendo la excepción la posibilidad de presentar la solicitud sin ella.

Tanto el solicitante de la medida cautelar como el afectado por la misma podrán solicitar el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Si es el solicitante de la medida cautelar la tramitación del reconocimiento de la asistencia no afectará al procedimiento de adopción ya que se habrá realizado de forma previa. Sin embargo, si el que lo pide es el afectado por la adopción sí que puede provocar la suspensión.

En esta comunicación analizaré los efectos que provoca en la medida cautelar la concesión de la asistencia jurídica gratuita a la parte actora, especialmente si afecta al ofrecimiento de caución que la LEC configura como presupuesto de adopción de las medidas cautelares. Sistemáticamente desarrollaré en primer lugar la regulación actual y a continuación la regulación del Anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita aprobado por el Consejo de Ministros del Gobierno de España el 11 de enero de 2013³.

² Sin embargo, tal como advierte RAMOS MENDEZ esta previsión es anecdótica en su repercusión práctica (en *Enjuiciamiento Civil*, vol. 1, edit. Atelier, Barcelona, 2008, p. 563).

³ En adelante Anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

2. LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA DE LA PARTE ACTORA. ESPECIAL REFERENCIA A LA EXIGIBILIDAD DEL OFRECIMIENTO DE CAUCIÓN.

Los temas que voy a analizar son dos que tienen como nexo común la incapacidad económica del solicitante:

- Si el mero hecho de disfrutar el derecho de justicia gratuita exime de la prestación de caución.
- Si la incapacidad económica del solicitante para indemnizar los daños y perjuicios puede ser tomada en consideración por el órgano judicial en el momento de fijar el importe de la caución.

La primera posibilidad se basaría en una aplicación analógica del art. 6.5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que exime "del pago de los depósitos necesarios para la interposición de recursos" y que tiene su antecedente en el antiguo art. 30.4 LEC de 1881. En mi opinión no puede efectuarse esta traslación a la caución considerada como presupuesto de adopción de las medidas cautelares porque con ello se vulnerarían los fundamentos de esta institución. Desde el punto de vista de los derechos del demandado no se garantizaría el posible derecho a la reclamación de daños y perjuicios. Y este aseguramiento es

en esta hipótesis más apremiante porque si el solicitante disfruta del derecho a la justicia gratuita se puede inferir que en el momento de reclamar la indemnización correspondiente cuando sea procedente éste no va a realizar el pago al carecer de los recursos económicos necesarios para ello⁴.

Desde la perspectiva de la protección del ordenamiento jurídico frente a posibles abusos, se permitiría a la parte que disfrutara de este beneficio preparar la solicitud de la medida cautelar de forma que se le concediera aun sabiendo que la pretensión asegurada carece de fundamento. Una vez desestimada en la sentencia definitiva, el solicitante sería responsable porque el ordenamiento jurídico ha tutelado una posición que se ha demostrado errónea. Es decir, la caución no cumpliría la función disuasoria frente a posibles solicitudes no fundadas⁵.

La finalidad del art. 6.5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita es que sólo interpongan los recursos aquellas personas que realmente consideren que tienen posibilidades de que sea estimado y no con una finalidad dilatoria del proceso⁶. A

⁴ En el mismo sentido se pronuncian PRIETO-CASTRO (*Dispensa de la caución del artículo 41 de la ley Hipotecaria en caso de pobreza legal*, en "Revista de Derecho Procesal", 1948-II, pg. 362), GALLEGO MORELL (*el artículo 1428 de la LEC*, en "Revista de Derecho Procesal", 1953, pg. 236), MANZANARES SAMANIEGO (*el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en "Revista de Derecho Procesal", 1975, p. 93), ORTELLS RAMOS (en *el embargo preventivo*, edit. Comares, Granada, 1999, p. 112) y CALDERÓN CUADRADO (en *las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil*, ed. Civitas, Madrid, 1992, pp. 57 y 178).

⁵ En el mismo sentido ESCALER BASCOMPTE, en *Medidas cautelares y ejecución*, edit. Atelier, Barcelona, 2013, p. 170.

⁶ Ver SERRA DOMÍNGUEZ, en *Comentarios a la reforma de la ley de enjuiciamiento civil* -coordinador CORTES DOMINGUEZ-, ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 877-882; y en *la Reforma de los procesos civiles (comentario a la ley 10/1992 de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)* -coord. MONTERO AROCA-, ed. Civitas, Madrid, 1993, pg. 279. Acerca de su inadecuación para lograr esta finalidad disuasoria ver CALAMANDREI (en *Casación civil*, ed. EJE, Buenos Aires, 1959, p. 221-223) y SERRA DOMÍNGUEZ (en *Comentarios a la*

través de esta norma el Estado renuncia a un gravamen que ha impuesto a la parte recurrente para permitirle interponer el recurso, pero no puede dejar indefenso al afectado por la adopción de la medida cautelar. Si efectuáramos esta interpretación analógica el legislador renunciaría a un derecho que no es del Estado, sino que corresponde al afectado por la medida cautelar. Su contenido consiste en el aseguramiento de la indemnización de los daños y perjuicios que le puedan causar la adopción de la medida cautelar⁷. Es decir, el legislador no puede eximir de una obligación que tiene el solicitante de la medida para con el afectado por la misma, en caso contrario nos encontraríamos ante un supuesto de expropiación⁸.

Por otro lado el art. 6.5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita exime del pago de los depósitos que "necesarios para la interposición de recursos". La caución exigida para la adopción de una medida cautelar no es necesaria para que el procedimiento se desarrolle⁹. La tutela judicial efectiva no incluye el derecho a la tutela cautelar, sino que es una posibilidad que el ordenamiento jurídico concede a las partes para que aseguren la efectividad de la sentencia que en su día se dicte.

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre este tema en relación a una anotación preventiva de demanda en que se exigió una caución que el solicitante

reforma..., op. cit., p. 878-879).

⁷ En este sentido GALLEGO MORELL (*el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en "Revista de Derecho Procesal", 1953, pg. 236)

⁸ En este sentido se pronunciaba PRIETO-CASTRO (*la dispensa de la caución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en caso de pobreza legal*, en "Revista de Derecho Procesal", 1948-II, p. 363).

⁹ En el mismo sentido PRIETO-CASTRO, *La dispensa de la caución...*, cit., pg. 363.

se negó a constituir por disfrutar del beneficio de justicia gratuita. La STC de 17 de diciembre de 1987 concluye que no viola el art. 24 CE la exigencia de una caución para la adopción de una medida cautelar porque "justamente porque hay intereses contrapuestos, la ley también se cuida de garantizarlos y otorga al Juez la facultad de fijar la caución, su forma y cuantía, en atención al perjuicio económico que el asiento registral produce al titular inscrito y demandado"¹⁰. Añade a continuación que "la anotación preventiva de su demanda no afecta al fondo de su derecho, respecto del cual se dará respuesta en Sentencia. La anotación es sólo una garantía de la ejecución, en su caso, y la vicisitud positiva o negativa de su acuerdo no impide el ejercicio del derecho principal, aunque la negativa pueda significar un inconveniente o una mayor dificultad de ejecución"¹¹.

El criterio del Tribunal Constitucional ha sido seguido por los Tribunales. Así la han aplicado recientemente los autos de la sección 10 de la AP de Madrid número 311/2012, de 9 de octubre (JUR 2012\363593) y de la sección 2 de la Audiencia Provincial de Cádiz número 125/2012, de 5 de noviembre (JUR 2013\46209).

El segundo criterio consistiría en tomar en consideración la capacidad económica del solicitante para cuantificar la caución y así permitirle solicitar la medida cautelar. Es decir, intenta lograr la igualdad real prevista en el art. 9 CE y no imposibilitar a una parte aprovechar una facultad procesal debido a criterios

¹⁰ STC de 17 de diciembre de 1987 (Sala 2ª), Recurso de amparo 354/1987, B.O.E. de 8 de enero de 1988.

¹¹ STC de 17 de diciembre de 1987, cit., f.j. 6 in fine.

económicos¹². Pero esta actuación de los poderes públicos no puede realizarse en detrimento de los derechos de la parte contraria por los argumentos anteriormente enumerados. El único criterio de cuantificación legalmente previsto es el del importe de los daños y perjuicios que previsiblemente pueda causar la medida cautelar. En ningún supuesto puede tomarse en consideración la desigualdad en la capacidad económica porque supondría desnaturalizar el fundamento de las medidas cautelares a adoptar.

Para lograr esta finalidad se ha propuesto que el Estado constituya la caución sustituyendo a la parte que litigue con el beneficio de justicia gratuita¹³. En mi opinión no es posible porque si bien no se lesionaría el derecho de la parte contraria a obtener una garantía de la posible indemnización de daños y perjuicios, no se lograría la finalidad preventiva de la contra cautela. El litigante que disfrutara del beneficio de justicia gratuita podría abusar de esta facultad ante la seguridad de que no va a ser responsable de los daños y perjuicios que cause¹⁴.

Matizando la propuesta anterior RAMOS ROMEU sugiere que el Estado asuma la responsabilidad derivada de la adopción de la medida cautelar, pero combinándolo con un control previo por parte de la Administración de la

¹² En este sentido RAMOS MÉNDEZ (en *Comentario a la reforma de la LEC*, AAVV -coord. CORTES DOMÍNGUEZ-, ed. Tecnos, Madrid, 1985, p. 691) y RIFA SOLER, en "Requisitos de las medidas cautelares. Modificación y alzamiento de las cautelas", en *Las medidas cautelares y los recursos 2000, Cuadernos de Derecho Judicial*, Edit. Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 109).

¹³ En este sentido ORTELLS RAMOS (en *las medidas cautelares*, edit. La ley, Madrid, 2000., p. 186) y CALDERÓN CUADRADO (en *Las medidas cautelares...*, cit., pg. 57 y 178).

¹⁴ En el mismo sentido se pronuncia RAMOS ROMEU, en *Las medidas cautelares civiles*, cit., pp. 310 y 311.

adecuación de la medida solicitada y que el Juez realizara un control más intenso de la solicitud de medidas cautelares¹⁵. En mi opinión esta solución no es factible porque el control que propone por parte de la Administración la debe realizar el Tribunal y no el órgano administrativo. Respecto de la segunda opción lo que propone es un mayor control de la apariencia de buen derecho. Al analizarlo ya he indicado que el Tribunal anticipa el juicio jurisdiccional, si bien puede modificarlo al tener un carácter simplemente provisional. Por ello no creo que la solución a esta cuestión sea el mayor o menor control de la concurrencia del *fumus boni iuris*.

Además en el proceso civil se discuten intereses privados y no intereses públicos. El legislador no debe intervenir en favor de una parte en teoría más débil¹⁶, por lo que el Estado no ejerce una función tuitiva como lo realiza en otros sectores del ordenamiento jurídico. Por estas circunstancias, en nuestra opinión, no es conveniente ni tan siquiera proponerlo de *lege ferenda*.

ESCALER BASCOMPTE propone extender la no exigibilidad de caución prevista en la ejecución provisional a las medidas cautelares, matizando su propuesta es que se debe realizar con los debidos controles judiciales¹⁷. En mi

¹⁵ RAMOS ROMEU, en *Las medidas cautelares civiles*, cit., pp. 311 y 312.

¹⁶ Como por ejemplo sucede en el procedimiento laboral en el que el Estado protege al trabajador frente al empresario. Le concede una serie de derechos cumpliendo el mandato del art. 9 CE. El art. 287 LPL regula la ejecución provisional de las sentencias condenatorias al pago de cantidades en el proceso laboral en favor del trabajador y prevé que el Estado garantizará su reintegro en el caso de que la sentencia ejecutada provisionalmente sea revocada. Para un análisis de socialización de la responsabilidad en relación a la ejecución provisional nos remitimos al estudio efectuado por CABALLOL ANGELATS (en *La ejecución provisional...*, cit., pg. 213).

¹⁷ ESCALER BASCOMPTE, *Medidas cautelares y ejecución*, cit., p. 172.

opinión no se puede trasladar el régimen de la ejecución provisional a las medidas cautelares porque son dos instituciones con distinta naturaleza jurídica ya que la ejecución provisional tiene un carácter ejecutivo para lograr la efectividad de la sentencia que se pronuncia sobre el fondo del asunto y la medida cautelar sólo asegura la efectividad de una probable sentencia estimatoria. Al margen de ello la finalidad de la caución es evitar que el solicitante de la medida, amparándose en la urgencia de las mismas, provoque la adopción de una medida cautelar. El órgano judicial ya realiza el control de la concurrencia de los presupuestos exigidos por la ley para evitar que se adopten medidas cautelares infundadas, pero en el caso en que la misma debiera alzarse al demandado se le habrían ocasionado unos daños y perjuicios que deben ser resarcidos y debe restaurarse el equilibrio procesal que se altera con la adopción de la medida cautelar.

En mi opinión la posible solución a esta cuestión se halla en la correcta delimitación de los daños y perjuicios que ocasione la adopción de la medida cautelar. Así debería distinguirse entre las medidas cautelares meramente conservativas (como la anotación preventiva de la demanda o el embargo preventivo) y las medidas cautelares que anticipan los efectos de la sentencia. En el primer caso debería plantearse los daños y perjuicios que realmente puede ocasionar la medida cautelar que se vaya a adoptar y adecuar la caución a la misma. En muchas ocasiones será mínima ya que la medida cautelar apenas incidirá el patrimonio del demandado.

En el segundo la caución resulta de más difícil cálculo ya que en muchos casos nos hallamos ante la cesación de actividades de carácter continuado. Sin embargo, la cuantía de la caución será mucho más importante ya que se estará impidiendo la realización de una actividad por el demandado. Y esta circunstancia ocasionará unos daños y perjuicios que deberán valorarse en cada supuesto.

El artículo 6 del Anteproyecto de ley de Asistencia Jurídica Gratuita regula el contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita. En el inciso e del apartado 1 prevé expresamente que “el contenido de este derecho no incluye las fianzas, cauciones y otro tipo de consignaciones que pudieran exigirse o derivarse de la responsabilidad del titular del derecho”. Es decir, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no influirá sobre el presupuesto de la solicitud de la medida cautelar consistente en el ofrecimiento de la caución.

Si el solicitante de la medida cautelar, al que se le ha reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, no ofrece la caución la consecuencia sería la desestimación. Sin embargo, en la práctica los tribunales están admitiendo la subsanación de la falta de ofrecimiento¹⁸.

¹⁸ Ver ampliamente el análisis que realizo en mi monografía las medidas cautelares en el proceso civil, cit., pp. 114 y ss.