

La medida cautelar del artículo 1.121 del Código civil

JOAQUIN TORRES DE CRUELLS

Artículo 1.121. El acreedor puede, antes del cumplimiento de la condición, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho.

I. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

Las medidas cautelares contenidas en la ley procesal civil son tan escasas, tan duras en sus exigencias formales y de tan difícil aplicación, que muchas veces, en nuestro ejercicio profesional, cuando hemos necesitado defender situaciones de hecho que un largo pleito podría perjudicar, hemos acudido al artículo 1.121 del Código Civil, como buscando en la aplicación de las acciones conservatorias de los derechos del acreedor que en él se prevén, algo que pudiera proteger aquellas situaciones de hecho durante el transcurso del pleito que empezábamos.

Nos detenía, siempre, la escasez de aplicación práctica y de jurisprudencia sobre una norma que, durante los setenta años de vigencia del Código, tan sólo se ha interpretado por el Tribunal Supremo una vez, y aun en la fecha remota de 27 de abril de 1893. Pero nos guiaba hacia la acción cautelar del artículo 1.121 la opinión de Borrell y Soler (1), el cual afirma que "el acreedor condicional, al que, aunque no se haya cumplido la condición suspensiva, la ley llama siempre *acreedor*, puede tomarse las cautelas que aseguren su derecho". Añadiendo Borrell y Soler que estas cautelas son, o las anotaciones o inscripciones en el Registro de la Propiedad, o la *missio in possessionem rei servande causa*, o las cauciones establecidas en las leyes procesales, o la separación de patrimonios. Dicho autor insiste en que el acreedor puede llegar a pretender judicialmente la declaración de su crédito condicional para el supuesto de que, en su momento, se pueda consolidar como puro. Hace cita de diversos textos del Digesto, vigentes en Cataluña, por los cuales y por la aplicación del artículo 1.121 del Código civil, opina que rigen, como complementarios del mismo, las medidas de aseguramiento de bienes litigiosos, establecidas en los artículos del 1.419 al 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(1) *Derecho civil vigente en Cataluña*. Barcelona, 1944, III, pág. 146.

Conocíamos, como primera referencia doctrinal de los procesalistas españoles, la opinión de Plaza (2) e incluso la de Guasp (3), según los cuales el Código civil puede contener, y de hecho contiene, medidas precautorias de carácter instrumental (4). Pero siempre nos causaba preocupación, a pesar del sentido amplio y generoso como los jueces recogían nuestras peticiones, la vaguedad de expresión del precepto, la limitación de su ámbito y la duda sobre el camino procesal por donde conducir su aplicación. Esto es lo que explica el porqué creamos oportuno profundizar en una interpretación del artículo 1.121 que hasta ahora únicamente habían realizado los civilistas, insistiendo nosotros —y ello es el objeto del estudio que iniciamos— en una concepción más procesalista de la norma, que la haga, a la vez, práctica para los abogados y los jueces y acomodada al Derecho vigente y vivo del país.

Es indispensable, para esta finalidad, puntualizar, en primer lugar, cómo se introdujo el precepto en nuestro Derecho. En este aspecto del estudio, la cuestión parece clara, porque, si acudimos al Código francés de 1806, del que se han copiado tantos artículos del Código español de 1888, podemos leer su artículo 1.180, que dice: "*Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit.*" Si comparamos las dos redacciones, la identidad nos aparece casi perfecta. Sólo, donde el Código francés dice que el acreedor puede realizar los actos que tiendan a conservar su derecho, el Código español, con mayor sentido constitucional de la administración de justicia, establece que lo que el acreedor puede ejercitar son *las acciones* que sean procedentes para la conservación de su derecho. Es decir, que en la letra del Código español, el acreedor no puede tomarse la justicia por su mano, como del redactado literal del artículo 1.180 del Código Napoleón parece deducirse, sino que debe acudir a los Tribunales, ejercitando *acciones*. Y aun y precisamente, acciones que el Código no califica, pero que deberían ser las acomodadas y *procedentes para la conservación del derecho* del acreedor condicional. En nuestra opinión, el matiz de diferencia no puede despreciarse, puesto que la redacción del Código español marca más el tono procesal que interesa que el precepto tenga para que no sea, como hasta ahora, una norma enunciativa o casi inaplicable.

A pesar de esta notoria discrepancia de redacción de ambos Códigos, opinamos que es muy importante, a los efectos de nuestro estudio, conocer los principios de donde partieron los legisladores franceses y cuál ha sido la reacción de la doctrina civilista de Francia frente al artículo 1.180 del Código Napoleón durante los ciento cincuenta años de vigencia del mismo.

(2) *Derecho Procesal Civil Español*. Madrid, 1955, II, 1.º, pág. 95.

(3) *Derecho Procesal Civil*. Madrid, 1956.

(4) Han tratado iguales cuestiones con una clara interpretación del artículo 1.121: VIADA ("El embargo de futuro". *Revista de Derecho Procesal*, 1948, pág. 75) y CARRERAS LLANSANA ("Las medidas cautelares del artículo 1.428 LEC.". *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, pág. 473).

Todos los comentaristas están de acuerdo en que mientras que en otras materias estuvo influido el Código Napoleón por el derecho autóctono o el germánico, el Derecho de obligaciones lo fué casi exclusivamente por el Derecho romano. Existe un texto de Papiniano, en el Digesto, que aunque referido a Derecho sucesorio, por el interés que los acreedores del causante tienen en la herencia de éste, establece claramente el principio de caución conservatoria de las obligaciones condicionales. Dice (ley 4 del artículo VII, libro XLII): *Creditoribus ex die, vel sub conditione debetur, propter hoc nondum pecuniam potere possunt, aequae separatio dabitur, quoniam et ipsis cautione communis consulatur*. O sea, que aquellos acreedores a quienes se les debe, bien a término o *en condición*, y que, por esta razón, aún no pueden reclamar lo que acreditan, gozan también del derecho sucesorio de separación, en razón a que también ellos *han de tener una caución* que les sea común.

Esta *caución* se orientó en las obligaciones condicionales que el Derecho romano regulaba, más que a defender un derecho, a que no se perjudicara la expectativa o esperanza del mismo (5). Tanto es así, que cuando un acreedor condicional ejercitaba ante los Tribunales la acción principal, antes del cumplimiento de la condición, quedaba la misma alcanzada por la dura penalidad inherente a la *plus petitio*, o sea, que podía ser sancionado con la pérdida del derecho, lo que no sucedía si únicamente se demandaba o accionaba por la caución. Precisamente se discute, entre los romanistas, si la referencia a la *plus petitio* en quien reclama obligaciones condicionales, que se contiene en el párrafo 33, apartados 4.º y 5.º, de la Instituta de Justiniano, es o no una interpolación o añadido del antiguo texto de Gayo. Dice la Instituta: "*Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit; qua ratione enim qui tardius solvit, quam solvere deberet minus solvere intellegitur, eadem ratione qui praemature petit plus petere videtur.*" La edición de Gayo de Studemund, reconstruida por Krüger, no contenía las palabras *ante conditionem*, pero es de sentido lógico en el Derecho clásico el que se pueda reiterar el uso de la acción ejercitada *ante conditionem* tantas veces como sea útil para la efectividad del derecho (6), y, por tanto, parece completamente correcto el redactado de la Instituta, que refuerza la tesis que defenderemos respecto del artículo del Código civil español cuya interpretación estamos intentando.

Si nos atenemos a la doctrina francesa sobre su artículo 1.180, vemos que la misma quiere dar mayor contenido y volumen al *derecho* del acreedor condicional que el que tenía según la Instituta de

(5) SCIALOJA: *Precedimiento civil romano*. Buenos Aires, 1954, pág. 264. ARANGIO-RUIZ: *Istituzioni di Diritto Romano*. Napoli, 1957, pág. 89. Los jurisconsultos romanos usaban, al tratar de las obligaciones condicionales y como aplicado al derecho del acreedor, la palabra "Spes" (esperanza): "*nondum debetur sed spes debitum iri*".

(6) Véase un ejemplo en la ley 13, capítulo V, *De pignoribus* (20-1) del Digesto.

Justiniano o los principios de Pothier, en razón a que, según dicha doctrina (7) el acreedor condicional más que una *esperanza* tiene un *derecho* auténtico, que se inserta, desde que contrata, en su patrimonio. Que, además, lo transmite a sus herederos, lo puede ceder y para cuya conservación puede adoptar todas las medidas cautelares que crea útiles. Refuerza esta opinión el que, a pesar de que el artículo 1.185 del mismo Código Napoleón dice que la existencia de la obligación queda en suspenso, la obligación existe, puesto que origina un derecho eventual (8).

Por tanto, las medidas establecidas en el artículo 1.180 del Código francés, que otorgan garantías al derecho condicional del acreedor, sin perjudicar al derecho actual del deudor, concilian, en forma prudente, los dos intereses que están en colisión en el negocio condicional (9). Es criterio unánime de la doctrina francesa el que los actos a los que el precepto se refiere han de ser aquellos que tiendan, exclusivamente, a *conservar* el derecho del acreedor, pero sin que se produzca por ellos ninguna ejecución innovativa contra el deudor. Otra cosa sería —dicen Aubry y Rau, citados por las “*Pandectes françaises*” (10)— si se tratara de un acreedor puro y simple, ya que sus actos conservatorios implicarían siempre una ejecución, porque nacerían de una acción y no inalterable en su esencia.

Véase —y con esta consideración hacemos un necesario paréntesis en nuestra exposición— cómo la distinción, marcada por nosotros antes, entre acreedor sin acción y acreedor con acción tiene trascendencia, ya que cuando el Derecho español, en su artículo 1.121, atribuye *acción* al acreedor condicional lo hace porque, separándose de su modelo francés, quiere reforzar la situación jurídica del acreedor condicional.

En la consideración de cuáles pueden ser, en Derecho francés, los diferentes actos conservatorios, todos los autores están de acuerdo en la dificultad de precisarlos con concreción y en forma de completa enumeración. Parece que se puede pedir hipoteca o suplemento de hipoteca, en el supuesto de que el deudor caiga en insolvencia o *deconfiture* (11). Se puede pedir también el reconocimiento de documentos o de firmas, realizar actos que interrumpan la prescripción, intervenir en la partición de bienes o en la distribución de una herencia, solicitando la separación de patrimonios. Larombière llega a afirmar que,

(7) RICARD: *Dispositions conditionnels*, tomo II, cap. 1.º, núm. 12.

(8) Véase, para la antigua doctrina, a DEMOLOMBE, vol. II, núm. 356. LAURENT, vol. 17, núm. 87. BAUDRY-LACANTINERIE, vol. II, núm. 936, pág. 165. Y para la más moderna, a PLANIOL y RIPERT: *Derecho civil*. París, 1931, vol. VII, pág. 339.

(9) Esta es la interpretación que da LAROMBIÈRE al artículo 1.180 del Código de Napoleón.

(10) PARIS, 1893, vol. I, *Des obligations*.

(11) De este concepto, típico en la doctrina concursal francesa, hicimos mención en nuestro libro *La suspensión de pagos* (Barcelona, 1957, pág. 288), indicando que consiste en la apariencia de que el activo patrimonial de una persona no basta para pagar a su pasivo, pero con la peculiaridad de que, para que la *deconfiture* sea estimable jurídicamente precisa que al deudor le falte la confianza de los acreedores.

pendente conditione, pueden ejercitarse las acciones subrogatorias del artículo 1.166 (equivalente a nuestro artículo 1.111) y obtener una condena de futuro. Pero, como hemos dicho antes, todas las actividades tienen el límite de que han de ser simplemente conservatorias y no persecutorias (*de poursuite*) o de ejecución (12). La jurisprudencia francesa ha concretado que no se pueda efectuar ninguna modalidad de embargo, en razón a que no se podrían considerar como simplemente conservatorios unos actos que tienden a privar al deudor de la posesión civil de sus bienes, o que le detraen la facultad de percibir el equivalente del crédito y de disponer del mismo.

II. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CAUTELA

No puede ser amplio, ya que, situado el artículo 1.121 del Código civil como norma de las obligaciones condicionales, únicamente son los acreedores condicionales quienes pueden solicitarlas de los Tribunales de Justicia. Es preciso, pues —en este capítulo de nuestro estudio—, delimitar en el derecho positivo, reducido a los tantas veces criticados artículos del 1.113 al 1.123 del Código civil, en la jurisprudencia y en la doctrina, cuáles son —o pueden ser— los acreedores condicionales.

Son los que vienen afectados, en el nacimiento o en la resolución de su negocio jurídico, por una *condición*, que se define en la ley, combinando los artículos 1.113 y 1.114 del Código, como *la relación arbitraria entre la obligación y un hecho futuro e incierto, o un hecho pasado que los interesados desconocen, del que se hace depender la adquisición de los derechos, o la resolución o pérdida de los que ya se habían adquirido*.

El Tribunal Supremo, en la importante sentencia de 21 de junio de 1932, ha dado también una definición —acaso mejor— de la condición. Dice: “La condición, en su sentido técnico y objetivo, es como un evento futuro e incierto del que depende el nacimiento o la resolución de una relación jurídica determinante de derechos y obligaciones, y en su aspecto subjetivo consiste en la querida subordinación de la eficacia del negocio a la realización de tal acontecimiento.” Esta definición, distinguiendo entre lo que es el hecho que, con la frialdad de un juicio lógico, establece la accidentalidad del negocio jurídico (*accidentalía negotii*) y lo que es el juego o intención de la voluntad, creadora del mismo negocio, resulta extraordinariamente profunda y da solución a muchas de las discusiones doctrinales que se han producido en torno a las obligaciones condicionales.

De una parte, la estructura lógica del negocio condicional es la de un juicio hipotético doble o alternativo. De la misma manera que, en un juicio hipotético, se da como buena una cierta proposición como consecuencia de una premisa, así en el negocio condicional se hace

(12) COLIN y CAPITANT: *Curso de Derecho civil*. Traducción española. Madrid, 1951, vol. III, pág. 387.

surgir o se revoca —según la condición sea suspensiva o resolutoria— una determinada regulación de intereses como consecuencia de una hipotética previsión. El juicio hipotético es doble y tiene carácter alternativo, porque, para el caso de que la previsión contemplada no se produzca, se dispone la consecuencia opuesta (13). El esquema lógico de los hechos en la condición suspensiva es, por tanto, el siguiente: “Si se produce la previsión X, se producirá también una regulación Y. En cambio, si la previsión X no se produce, la regulación Y no tendrá vigencia.” En la condición resolutoria el esquema se formula así: “Si se produce la previsión Z, terminará una regulación Y. En cambio, si la previsión o el hecho Z no se produce, la regulación de derechos y obligaciones Y no se mantendrá.”

La condición, en su sentido objetivo, procede siempre de una incertidumbre, que es ajena en el acontecimiento o el hecho, a la voluntad de los otorgantes (14), incertidumbre que ha de señalarse en el contrato: a) En el *si* y en el *cuándo*; y b) En el *si*, pero no en el *cuándo*. Para el supuesto en que el hecho incierto se señale únicamente en el *cuándo*, dice el artículo 1.125 del Código civil que no existe condición, sino obligación a término.

En lo que se refiere a la condición, considerada subjetivamente, no existe duda de que la *incertidumbre* afecta a la vigencia de la ordenación del negocio, pero no existe nunca en la perfección del mismo. Es decir, que no es preciso que las partes ratifiquen el contrato *a posteriori* porque su voluntad ya se manifestó en el mismo en forma explícita, tanto en su función psicológica como en la normativa (15). Existe una acertadísima máxima de sentencia de la Corte de Casación de Italia, de fecha 25 de febrero de 1942, de sentido conceptual absolutamente paralelo a la sentencia de nuestro Tribunal Supremo que antes hemos citado. Dice que “en todo negocio condicional, sea condición suspensiva o resolutoria, la determinación volitiva es única y no puede partirse en dos momentos el *proceso de voluntad*, como si el negocio resultara de un doble querer, uno de ellos incondicional y el otro con aquella limitación que la condición representa. La *voluntad de condición* es, por consiguiente, una voluntad especial, ligada en su origen al suceso futuro e incierto, que la limita y la somete”.

Si el artículo 1.121 faculta al acreedor para accionar con medidas conservatorias, es evidente que cuando el deudor condicional se avino a establecer la condición es porque aceptaba voluntariamente la aplicación de la norma, principalmente en orden a evitar el riesgo previsto en los artículos 1.122 y 1.123. La vigencia de las medidas cautelares del artículo 1.121 es consecuencia mediata de aquel primer acto de voluntad. Lo que quiere decir que para la interpretación del ar-

(13) BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción española. Madrid, pág. 384.

(14) GIORGI: *Teoría de las obligaciones*. Traducción española. Madrid, 1930, vol. IV, pág. 312.

(15) FALZEA: *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milano, 1941, pág. 133.

tículo 1.121 tiene la mayor fuerza el elemento subjetivo, el cual queda aclarado por otra sentencia del Tribunal Supremo, la de 11 de julio de 1921, que dice que "es de esencia en las obligaciones condicionales, según el artículo 1.113 del Código civil, que su exigibilidad en las suspensivas y su extinción en las resolutorias dependa de un acontecimiento futuro e incierto, o de uno pasado, pero desconocido".

La apreciación de sí, en cada caso concreto, se dan aquellos requisitos legales, crea problemas de interpretación, en los que hay que atender minuciosamente a la intención de las partes (16). Por ejemplo, son obligaciones condicionales la promesa de pagar una cantidad si antes percibe el deudor un crédito determinado (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1908), una donación hecha con promesa de vivir el donatario en casa del donante (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1908), la compraventa de un velero sujeta a que el vendedor complete determinados elementos del mismo (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1923), la obligación de pagar una cantidad quince días después de aquel en que se haya emitido en un expediente administrativo un determinado informe técnico (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1941), o el sujetar la efectividad de un pago a que, previamente, haya entregado el acreedor una liquidación de sus trabajos (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1944). Y no lo es el tener que otorgar un contrato en forma de escritura pública (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1911).

Tiene, por consiguiente, una importancia relativamente pequeña, a los efectos del artículo 1.121, la clasificación que se haga de las condiciones, atendiendo a los efectos de las mismas, a la forma como han quedado establecidas, a la naturaleza del suceso de que dependan a su causa, a la posibilidad de su cumplimiento y a las relaciones con la moral, las buenas costumbres o la ley, que son los seis grupos en que los tratadistas las dividen (17). Todas estas clasificaciones o situaciones determinan leves problemas que la unanimidad en la interpretación de la ley o de la doctrina ha simplificado. Así, por ejemplo, todos los civilistas españoles están de acuerdo en que, como dice el artículo 1.115, las condiciones meramente potestativas son nulas, o en que el acto de que dependen las obligaciones es imposible, contrario a las buenas costumbres o está prohibido por la ley, éstas se han de anular (artículo 1.116, primero). Incluso se está de acuerdo en lo que son obligaciones imposibles u obligaciones ilícitas. Por ejemplo, *la conditio virginitatis sinon nupseris*.

En cambio, deben ser considerados con mayor detención los efectos de las obligaciones condicionales, tanto en lo que se refiere a la retroacción que llevan consigo (artículo 1.120, 1.º, del Código civil) como

(16) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Notas al Derecho civil* (parte general), de *Enneccerus*. Barcelona 1954, vol. II, pág. 333.

(17) PUIG PEÑA: *Derecho civil español*. Madrid, 1946, vol. IV, 1.º, pág. 104.

en cuanto al riesgo, a las pérdidas y a las mejoras (artículos 1.122 y 1.123).

En materia de retroacción, dice el artículo 1.120 que “*los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla*”, y que “*en las obligaciones de hacer y de no hacer, los Tribunales determinarán, en cada caso, el efecto retroactivo de la condición cumplida*”. Para Colin y Capitant (18) la retroacción o retroactividad de la condición es una *ficción*, porque hace remontar los efectos del acto a una época anterior a la realidad del hecho al que estaba ligada su suerte. Sostienen estos autores que los redactores de los Códigos modernos han buscado en una retroacción, que no existía en Derecho romano, como un *procedimiento técnico* para explicar ciertos efectos del acto condicional y, en especial, el de la obligatoriedad que surge del convenio condicional y de la provisionalidad de lo que acontezca con las cosas o los derechos, que son el objeto del negocio condicional *pendente conditione* y sobre las que rige el principio *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Precisamente porque este principio lo aplican el Código suizo de obligaciones y el Código alemán es por lo que se prescinde, en estos países, de la *ficción de retroactividad*.

La retroacción del acto tendría gravedad si se tuvieran que aplicar las medidas cautelares del artículo 1.121, porque la guarda y conservación de las cosas que pueden ser devueltas al acreedor exige una severidad mayor, y se hace necesario el que los Tribunales de Justicia, cuyo libre criterio también se menciona en el segundo párrafo del artículo 1.120 cuiden de hacer exactamente lo que harían si fuera el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil el que se tuviera que aplicar. Precisa no olvidar que ambas normas se referirían entonces a las obligaciones de dar, hacer o no hacer, o sea, que debería aplicarse en ellas el principio *eadem ratio, eadem dispositio*, y que el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil concede a los Tribunales el fijar libremente cuál ha de ser la cautela que evite el que se altere el estado de las cosas *pendent litis* (19).

Debe tenerse en cuenta, a pesar de lo expuesto, lo opinión de Díaz Pairó, recogida y aceptada por Castán (20). Dice el ilustre civilista cubano que “nuestro Código civil, en este punto, se encuentra más próximo a la doctrina moderna que a la tradicional. Principia por declarar que los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la obligación, se retrotraen al día de la constitución de aquélla (art. 1.120), pero, inmediatamente, establece tales restricciones o limitaciones que casi despojan a la regla del carácter de principio que se le asignó”.

Estas excepciones son: a) En caso de prestaciones recíprocas, que se compensen los frutos y los intereses (art. 1.120). b) Si la obligación fuera unilateral al deudor, hará suyos los frutos y los intereses

(18) Obra y tomo citados págs. 388 y siguientes.

(19) CARRERAS LLANSANA: Estudio citado en la nota 2.

(20) *Derecho civil español común y foral*. Madrid, 1954, III, pág. 128.

percibidos, a menos que fuera otra la voluntad de las partes (el mismo art. 1.120). c) En materia de pérdidas y mejoras, se aplican las normas excepcionales y casuísticas del artículo 1.122, que son: "1.º Si la cosa se perdió sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación. 2.º Si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. Entiéndese que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia o no se puede recobrar. 3.º Cuando la cosa se deteriora por culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor. 4.º Deteriorándose por culpa del deudor, el acreedor podrá optar entre la resolución de la obligación y su cumplimiento, con la indemnización de perjuicios en ambos casos. 5.º Si la cosa se mejora por su naturaleza o por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor. 6.º Si se mejora a expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario".

En nuestra opinión, y a pesar del aparente debilitamiento del principio general de retroacción de las obligaciones condicionales, cada una de estas excepciones refuerza, por la previsión de la situación de hecho y por el caso específico que contempla, la necesidad de aplicar el artículo 1.121, a fin de proteger a aquel de los contratantes que sea acreedor. Así, por ejemplo, si se interviene una empresa, o la administración de un inmueble o una explotación agrícola, será más sencillo, más correcto y más justo el pase de cuentas de los frutos o de los intereses, o el establecimiento de la compensación prevista en el artículo 1.120. Y si se depositan y guardan las cosas en lugar seguro se podrán evitar las pérdidas y demérito de que habla el artículo 1.122. Siendo, en fin, más simple el cómputo de mejoras si se consigue establecer una administración judicial del todo en que se involucran.

Si se quisiera resumir, en su consecuencia, todas las consideraciones que se hacen en este capítulo de nuestro estudio, la misma sería la de que las medidas cautelares del artículo 1.121 únicamente se pueden aplicar en los negocios jurídicos de naturaleza condicional, y precisamente a solicitud del acreedor, que es el único que tiene legitimación activa. No obstante, entendemos que al término gramatical y jurídico de *condición* no se le debe asignar una interpretación restringida. Porque, en muchas ocasiones, la condición se inserta en los contratos como pacto no principal y como buscando en él la garantía o seguridad de los pactos principales. Por ejemplo, si cuando se otorga un préstamo por plazo de tres años y se entrega su importe al prestatario, con condición resolutoria de que éste, a los tres meses de recibirlo, dará en prenda o pignoración al prestamista-acreedor determinados valores o bienes muebles. La obligación principal es aquí, para el prestatario, la de devolver el préstamo a tres años plazo, y la accesoria la garantía de la prenda, pero la inseguridad en la segunda puede determinar la adopción de medidas de cautela que los Tribunales han de decretar, si el acreedor las solicita (21).

(21) Sobre la distinción entre *conditio facti* y *conditio juris*, ver el notable

El fundamento de estas medidas radica en ser una manifestación de la responsabilidad patrimonial del deudor. Porque el derecho del acreedor existe siempre, aunque sea un *derecho de futuro* (22) que se mantiene latente mientras la condición no se cumple, pero que rebrota con todo vigor cuando el supuesto de hecho que se espera acontece. No importa el que los efectos de la obligación y, por tanto, de la caución, sean provisionales. Es precisamente la *provisionalidad* una de las características común a todas las medidas cautelares (23). Este *derecho de futuro* no se ha de cautelar en forma de *autotutela*, porque no entra en las atribuciones del acreedor coaccionar al deudor y tomarse la justicia por su mano, sino que han de ser los Tribunales los que ordenen las medidas de aseguramiento que sean procedentes (24).

III. EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR EL ACREEDOR

Desde luego, reconocemos que resulta difícil insertar la norma que comentamos en la sistemática de las medidas cautelares en la forma como vienen consideradas por la doctrina procesal y como están ordenadas por las leyes españolas. Y acaso es por ello por lo que un autor —y un autor experimentado y práctico— ha llegado a decir (25) que “el contenido del artículo 1.121 se refiere únicamente a medidas conservativas de tipo sustantivo y civil, ya que dada su naturaleza y finalidad no puede constituir fundamento de derechos procesales”. Pero, al mismo tiempo que esto dice, reconoce paladinamente la reiteración con que se suscita en la práctica el problema de tener que adoptar medidas cautelares en estos supuestos, y la realidad de que los Tribunales de Justicia han decretado frecuentemente embargos preventivos en garantía de deudas no inmediatamente exigibles. Es, pues, el que planteamos un tema vivo y de auténtica dificultad que no puede quedar silenciado en la interpretación de la Ley.

En lo doctrinal falta, en la bibliografía jurídica española, la auténtica gran monografía sobre el proceso cautelar o sobre las medidas ase-

trabajo de VALLET DE GOYTISOLO: “Donación, condición y conversión jurídica material”. *Anuario de Derecho Civil*, 1952, pág. 1237. Y también a PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*. Barcelona, 1950 (tomo I-2.º, pág. 124). Debemos agradecer a PUIG BRUTAU la cita que hace del presente estudio, cuando era sólo un borrador inédito.

(22) BETTI: Obra citada, pág. 402. VIADA: Estudio citado de la *Revista de Derecho Procesal*.

(23) Ver nuestros anteriores trabajos: “Límites legales de la ocupación en la quiebra”. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1957, pág. 483. Y “Consideración procesal de los síndicos en la quiebra”. *Revista General de Derecho*, 1958, pág. 280.

(24) FRANCO-ANTONIO CUSIMANO: “Il problema della giustizia nel rapporto processuale”. Padova, 1958. MICHELI: “Giurisdizione e azione”. *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, pág. 107. VALCARCE: “Medidas cautelares”. *Revista de Derecho Procesal*, 1947, pág. 239.

(25) MOLINA: “Consideraciones en torno al embargo preventivo”. *Revista de Derecho Privado*, 1955, pág. 663.

gurativas (26), que pudieran ser base de una construcción definitiva de la institución o de una reforma legislativa —indispensable en esta materia— como lo fueron la de Calamandrei en Italia (27) o de Ramiro Podetti en la República Argentina (28). Agravándose esta laguna porque, como comenta extensa y elocuentemente Plaza (29), las medidas procesales de aseguramiento o cautela, tanto las conservativas como las innovativas, no forman un cuerpo de legislación único o un título o capítulo separado de nuestra Ley procesal civil, sino que están esparcidas en distintos textos de esta misma Ley o de otras como el Código civil, el Código de Comercio o la Ley Hipotecaria, con regulación varia y compleja y con requisitos variados, que van, desde un formalismo riguroso y excesivo, a constituir auténticos “preceptos en blanco” (30) que el juez debe llenar por completo. La razón de este desorden legislativo radica, en nuestra opinión, en el arcaísmo técnico de nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, redactada a base de las antiguas figuras o los antiguos sistemas del viejo proceso castellano, cuando era rudimentaria la Ciencia del Proceso. A quien lea la Ley de Enjuiciamiento civil en forma ininterrumpida, desde el primero al último de sus artículos le parecerá como si el legislador hubiera improvisado las medidas precautorias que contiene, sin sistema alguno, haciéndolas surgir aisladamente en la letra de la Ley, en aquel momento en que el desarrollo de las instituciones las hacía necesarias. Y que, según un módulo de gravedad, estimado subjetivamente y con evidente desigualdad, las hubiere adornado de requisitos y gravámenes o las hubiere dejado como simples enunciados, llenos de lagunas.

Por esta razón, apoyándose en el Derecho positivo español, pueden defenderse como buenas cualquiera de las tres teorías o clasificaciones de las medidas de aseguramiento que han logrado mayor arraigo en la estimación de la cátedra y de los Tribunales: a) La que entiende que constituyen un proceso independiente, de igual categoría que el de cognición y el ejecutivo, y formado con éstos el tríptico

(26) Son, no obstante, estimabilísimos, además de los estudios que ya he citado de los Profesores señores VIADA y CARRERAS y de los Magistrados señores MOLINA y RODRÍGUEZ-VALCARCE, el de GALLEGO (“El artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil”. *Revista de Derecho Procesal*, 1953, pág. 211) y los capítulos que, en sus Tratados Generales de Derecho Procesal civil, han escrito GUASP, PLAZA y GÓMEZ ORBANEJA, a los que tendremos que referirnos con frecuencia en este estudio. No podemos dejar de señalar la brillante profundidad del comentario hecho por el Profesor últimamente citado a la primera edición de la obra de PLAZA (*Revista de Derecho Privado*, 1943, pág. 364), que ha originado una rectificación de DE LA PLAZA, que es modelo de humana y humilde sabiduría, poco corriente en estos últimos años.

(27) *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova, 1936.

(28) J. RAMIRO PODETTI: *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires, 1956.

(29) Obra citada.

(30) Esta calificación, tan exacta y precisa, es de CARRERAS (Estudio citado en la nota 2).

esencial del Derecho procesal (31). *b*) La que las inserta en los procesos de ejecución, como un avance provisional del cumplimiento de la sentencia a dictar en el proceso ejecutivo (32); y *c*) La que las configura como un proceso de facilitación de los de cognición y de ejecución (33). Por él se cautela, se asegura o se previene una determinada situación de hecho, cuyo interés, digno de amparo, que está en peligro durante un litigio, mediante las más variadas y distintas medidas, desde la del desapoderamiento de la cosa hasta la simple intimación.

Sinceramente estimamos que, dado el planteamiento limitado de este estudio, no nos corresponde profundizar en él sobre la naturaleza y condición del proceso precautorio o cautelar considerado en su conjunto, sino ceñirnos a lo que debe ser, en su forma y en sus requisitos, el ejercicio por el acreedor de la acción procesal inserta en el artículo 1.121 del Código civil, y cuál debe ser el contenido de la decisión del juez cuando el acreedor condicional ejercite dicha acción. Aunque ello no evitará el tener que señalar que en la figura del artículo 1.121 del Código se dan las cuatro características que son comunes y esenciales en todas las medidas cautelares, a saber: *a*) La exigencia de la alegación y demostración por el accionante del peligro de daño jurídico que pueda resultarle de la no adopción de la medida, o sea el *periculum in mora* (34). *b*) La exigencia de una aportación de prueba documental preconstituída que demuestre la existencia de un derecho a tutelar. Es el *fumus boni juris* (35) o el requisito que el Tribunal Supremo, refiriéndose a las cuestiones de competencia, llama, con gran propiedad gramatical, "inicio de prueba escrita". *c*) La *cognitio sumaria*, o sea el estudio razonado y hondamente jurídico que realiza el juez para considerar la conveniencia de tutelar el derecho del accionante, acomodando su interés meramente privado a lo que sea el interés público de guardar la paz (*interest rei publicae*), y adoptando, para ello, una forma de cautela (36). *d*) La *provisionalidad* de la medida, que es, como dice Calamandrei (37), "el que los efectos jurídicos de la decisión judicial no sólo tengan una duración *temporal*, sino que este límite en la duración transcurra desde que se decreta la providencia cautelar hasta que se confirme o se deje sin efecto *por otra resolución jurisdiccional*, que será la *definitiva*".

Cada una de estas características precisa, en su desarrollo concreto en aplicación del artículo 1.121, de una cuidadosa consideración.

Quien sea acreedor condicional —o sea, que tenga legitimación ac-

(31) PLAZA, obra citada. Sigue en lo esencial a CARNELUTTI (*Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 1944, tomo I, pág. 243).

(32) PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal Civil*. Madrid, 1954, tomo II, pág. 541. Sigue en este punto la doctrina que es prevalente en Alemania.

(33) GUASP: Obra citada, pág. 1351.

(34) CALAMANDREI: Obra citada, pág. 15.

(35) VIADA: Estudio citado.

(36) Ver sobre esta característica a CARNELUTTI y PLAZA (obras, tomos y páginas citados). Y a LIEBMAN: "Unità del procedimento cautelare." *Rivista di Diritto Processuale*, 1954, pág. 248.

(37) Pág. 10 de la obra citada.

tiva— y entienda que su derecho está siendo perjudicado o pueda estarlo por razón de actos de su deudor o por circunstancias de hecho ajenas a la voluntad de éste, puede, con alegación del artículo 1.121, pedir amparo a la autoridad judicial formulando una pretensión de adopción urgente de medida cautelar. Con ello, y partiendo del principio general de necesidad de tutela jurídica como presupuesto para la prestación de esta misma tutela (38), habrá individualizado su *acción cautelar conservatoria*, esa “*acción procedente para la conservación de su derecho*” de que habla el precepto que interpretamos. Dentro de la más estricta doctrina científica (39) y de la práctica constante de los Tribunales, la acción del acreedor condicional *se concretará*, es decir, tomará una dirección —la de solicitar del juez la protección de un interés digno y subjetivamente justo— y se deberá documentar formalmente con un título o con pruebas bastantes (40).

Ahora bien, para que el juez decida, para que realice un examen cognitivo de la urgencia, conveniencia y necesidad de la medida y de si es bastante el inicio de prueba escrita del derecho del solicitante que éste aporte, debe tener cauce la acción por un proceso típico de los ordenados en la Ley de Enjuiciamiento civil. Esta es la dificultad o el nudo —a veces, y según qué mentalidad tenga el juez, insoluble— de aplicación del artículo 1.121. Porque, en el aislamiento legal de su regulación y en la falta de concreción formal de sus términos, que son decisivos y claros en el principio justo de su norma sancionadora, pero que son imperfectos en el modo de aplicarla, parece como si se tuviera que acudir a un mayor detalle procesal que no existe en la ley. Y así es. El artículo 1.121 es una regla sin proceso propio y, por consiguiente, hay que acudir necesariamente, en aplicación del artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento civil, a alguno de los ordinarios. Este proceso —e igual sucede con el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que es otra norma protectora y cautelar brotada como por erupción en el sistema de su Ley— no puede ser otro que el juicio declarativo.

Es decir —y con ello me acomodo a la ordenación y doctrina general de las cautelas—, que el accionante, o sea el acreedor condicional, deberá, si quiere obtener un resultado práctico, formular contra su deudor o contra los terceros que hayan perturbado o pretendan perturbar su derecho, un juicio declarativo solicitando en él la declaración de este derecho y condena de los perturbantes. Atiéndase bien a que, por no haber vencido su crédito, *la declaración o la condena deberán pedirse como de futuro*. Y, simultáneamente, a la presentación de la demanda —mejor por otrosí de la misma— es como cabrá formular procesalmente la solicitud de adopción de medida cautelar.

(38) SCHÖNKE: “Il bisogno di tutela giuridica”. *Rivista di Diritto Processuale*, 1948, pág. 132.

(39) ALLORIO: “La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale”. *Rivista di Diritto civile*, 1955, pág. 247. “Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale”. *Jus*, 1955, pág. 158.

(40) Ver CARRERAS: Estudio citado. GALLEG0: Estudio citado.

Se nos puede objetar que al formular esta opinión y dar este consejo habremos puesto en el más alto pedestal a una ficción (41). Es cierto y parecerá lamentable, desde todos los puntos de vista, el que tenga que seguirse casi inútilmente un largo y costoso pleito cuya finalidad inmediata se habrá logrado, *ab limine*, si el juez accede a decretar la medida cautelar pedida por el demandante. Pero, por mientras no se reforme la Ley procesal, esto sucederá con muchísima frecuencia en estos o parecidos supuestos de hecho, y así lo experimentamos quienes abogamos con frecuencia ante los Tribunales. Esta ficción tendrá, no obstante, la justificación jurídica de que la *provisionalidad* que va inserta, como característica esencial, en la cautela ha de terminar necesariamente en el mismo momento en que gane firmeza la sentencia definitiva que dicte el juez en el proceso declarativo, del que el cautelar es un incidente. Con la consecuencia de que, entonces, lo que diga la sentencia, sustituirá con pleno efecto de cosa juzgada a la fórmula sancionadora de la cautela provisional.

Desde luego, según la doctrina de la ley, no existe obstáculo para que la sentencia a dictar en un juicio contenga una declaración o condena *in futurum* (42), pues ésta es una modalidad más de la declaración de mera certeza o de la que tiende a ejecutar una prestación que no está vencida en el momento de ejercitar la acción, pero que puede serlo ya cuando la sentencia se dicte (43). Carnelutti ha dedicado al tema de la condición en las resoluciones jurisdiccionales uno de sus mejores trabajos (44). En él titula a las condenas en futuro como *sentencias de condena anticipada*, incluyendo en las mismas a las que, por referirse a materia u obligación aún no vencida, por no haber llegado el término o no haberse cumplido la condición, se preordena la ejecución antes de que se consuma la certeza. "Se produce —dice Carnelutti— una declaración incompleta de certeza."

El artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que es la norma fundamental que trata de la pretensión o de la acción a ejercitar en juicio, establece un criterio liberalísimo al respecto, pues llega a decir que únicamente "se expresará la clase de acción que se ejercite en la demanda cuando por ella haya de determinarse la competencia". En otro caso, no es preciso que se concrete y designe nominativamente. En cambio, "*se fijará con claridad y precisión lo que se pida*", cualidades ambas, las de *claridad* y de *precisión*, que no impiden pretender declaraciones o condenas de futuro. La acción —lo dice la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1944— puede concebirse como

(41) En el Derecho moderno ha actualizado este tema, en forma admirable, el gran jurista belga RENÉ DEKERS: *La fiction juridique*. París, 1935.

(42) Este tema está tratado con referencia concreta al artículo 1.121 del Código civil español en el estudio de VIADA citado antes, del que hemos hecho merecido elogio.

(43) CHIOVENDA: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 1949, tomo I, pág. 104.

(44) "La sentencia condicional". Aparecido en la *Rivista di Diritto Pubblico* (1920, pág. 247); está traducido al castellano en *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires, 1952, tomo II, pág. 183.

ejercicio de una pretensión o derecho *in actu*, que sigue la condición del derecho ejercitado, o constituye un concepto autónomo y una finalidad procesal concreta que será de mera declaración, si se detiene en los límites de una declaración o expresión judicial del pretendido derecho, sin aspiraciones de ejecución en el mismo pleito y que será de condena si lo que busca en la actuación física del juez es la defensa de un derecho. El tiempo —la situación en futuro— del derecho o de la situación protegible no limita, en Derecho positivo español, el que pueda seguirse un juicio ordinario por el amparo jurisdiccional de tales derechos o situaciones.

Entendemos —y con ello resumimos nuestra opinión— que el cauce procesal de aplicación práctica del artículo 1.121 del Código civil aparece evidente de las consideraciones que preceden. Repetimos que será el de un juicio declarativo, en el que, en forma previa e incidental, se adopten las cautelas, previa la demostración de su necesidad y la prueba escrita del derecho del accionante. La decisión corresponderá al juez en resolución razonada, o sea en auto motivado en que dará valor a los hechos y al derecho alegados para establecer un juicio que, como en todas las medidas precautorias, no será de certeza, sino simplemente *juicio de probabilidad*. Y podrá adoptarla sin oír al demandado, en razón a posible sacos de éste, agravatorios del *periculum mora*. Queda, pues, un solo y último punto a considerar, y es el del alcance y extensión de las medidas cautelares.

Dada la parquedad del precepto, el juez, al interpretarlo y aplicarlo se encontrará investido de las más amplias facultades discrecionales. Por tratarse de una medida cautelar de las que Ramiro Podetti (46) llama *genéricas o innominadas*, podrá dictar, como dice este autor, “las que, atendiendo las peculiaridades del caso, y como si no existiesen en la ley otras específicas, satisfagan la necesidad de aseguramiento. El órgano jurisdiccional está obligado a proveer todos los medios necesarios para asegurar la eficacia de sus pronunciamientos. Para evitar la desconfianza o el menosprecio de la justicia y salvaguardar el imperio de sus decisiones, corresponderá a los jueces dar lugar a medidas cautelares que, sirviendo los fines del proceso, tiendan a dar efectividad a la sentencia definitiva”.

Ya antes, y refiriéndose al artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que guarda, como he señalado, gran similitud con el artículo 1.121 del Código civil, se había dicho (47) que los poderes del juez al aplicar dicha norma son extraordinarios y sin otro límite que la necesidad misma, según las circunstancias de cada caso. Es que, como dice Carreras, refiriéndose también al artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil (48), “en ciertos casos existen preceptos enderezados a prever una conducta, sin determinar en qué ha de consistir ésta, y cuando la actuación del juez o de las partes depende de

(45) LIEBMAN: Estudio citado.

(46) Obra citada, pág. 45.

(47) BECEÑA: *Magistratura y Justicia*. Madrid, 1928, pág. 346.

(48) Estudio citado, pág. 475 de la *Revista Jurídica de Cataluña*. 1958.

las circunstancias de cada caso, no pueden las conductas ser reguladas en todo su detalle sin caer en un casuismo contraproducente, y por ello consigna entonces en las normas unos a modo de *preceptos en blanco* —aunque no se use esta expresión en sentido técnico— dejando al juez el cuidado de rellenarlos, según la hipótesis concreta de que se trate, y usando de un prudente arbitrio”.

Ahora bien, y partiendo del supuesto de que el artículo 1.121 que comento contiene una medida cautelar genérica que el juez ha de llenar, en nuestra opinión, las facultades de éste no han de ser ilimitadas hasta el extremo de adoptar una medida cautelar distinta de las establecidas en las demás ordenaciones de nuestras leyes fundamentales civiles y procesales. Además, la medida debe ser la adecuada para la finalidad asegurativa y conservatoria que, preceptivamente, viene establecida en el artículo 1.121, al decir que “el acreedor puede ejercitar las acciones procedentes *para la conservación de su derecho*”.

Hemos visto, en el primer capítulo de este estudio, cómo la eliminación de las *cautelas innovativas* es también opinión y criterio de los civilistas franceses, que interpretan el artículo 1.180 del Código civil francés, equivalente a nuestro artículo 1.121. Tiene, pues, importancia la doctrina de aquellos autores que admiten la clasificación o distinción entre los procesos cautelares innovativos y los conservativos. Uno de ellos es Plaza (49), quien dice que estos últimos se caracterizan porque la prevención se hace *para mantener un estado de hecho*, o para *inmovilizar* las facultades de disposición del titular con respeto para el *statu ante*, a fin de evitar que, por no haberse adoptado determinadas previsiones, puede frustrarse el éxito de un proceso futuro de cognición o de ejecución. Plaza incluye en los procesos cautelares conservativos a los interdictos de obra nueva y de obra ruinosa y al sequestro.

Dentro del campo, ya limitado por el carácter conservativo de la medida cautelar y por la no adopción de las que no se contengan en otras normas civiles o procesales, iremos situando, por eliminación, las que el juez podrá decretar en ejecución del artículo 1.121, y que han de ser de estricto orden patrimonial, puesto que, en el proceso civil español, no existe ninguna medida cautelar de orden personal (50). Desde luego, el embargo preventivo, por su naturaleza evidentemente expropiativa y ejecutiva, no puede decretarse en favor de los acreedores condicionales (51). Y tampoco pueden decretarse lo que los tratadistas llaman *astricciones*, o sea medidas, casi siempre referidas a las obligaciones de dar, hacer o no hacer y, por tanto, posiblemente previstas por el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que recaen sobre el ánimo del presunto obligado, como las pegas pecuniarias impuestas en el supuesto de que no se cumpla la obligación. Ni, incluso, cuanto signifique *desapoderamiento* de los

(49) Obra y tomo citados, pág. 35.

(50) GUASP: Obra citada, pág. 1353.

(51) VIADA y RODRÍGUEZ VALCARCE (estudios citados) opinan en contra, atribuyendo un mayor ámbito a la figura del embargo.

bienes del obligado para entregarlos físicamente al acreedor, puesto que, por su esencia, tendrían algo de ejecución.

En nuestra opinión, *la medida cautelar más adecuada para mantener un estado de hecho para inmovilizar las facultades de disposición del deudor condicional es la del secuestro*, que puede adoptar tres formas: a) La de depósito judicial de bienes muebles u objetos secuestrados (artículos 1.785 a 1.788 del Código civil), pero nombrando depositario a persona distinta del acreedor, que, con la modalidad que el juez determine, los guarde y conserve, sin sufrir menoscabo y cumpliendo respecto de tales bienes "todas las obligaciones de un buen padre de familia". b) La anotación de secuestro de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad, con la extensión que previene el número 4.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que dice que "podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos: 4.º El que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviere, con arreglo a las leyes, *providencia ordenando el secuestro* o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles". El secuestro así concebido y en forma de anotación que prohíba la enajenación, tiene la finalidad, según dice la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1942, de suspender temporalmente el ejercicio del *jus disponendi* por parte del titular registral en la finca; y c) La intervención de bienes litigiosos, cuando éstos constituyan una universalidad, como minas, montes, plantaciones o establecimientos fabriles o industriales en forma semejante a la que previenen los artículos 1.419 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, pero, acaso, sin las excesivas garantías que para el demandado se previenen en estas normas. Es decir, que una medida cautelar de secuestro de una universalidad de bienes puede consistir en que el juez designe un administrador o interventor que, bajo su dependencia directa, cuide de *conservar* dicha universalidad, en el sentido de que la misma, aun variando sus elementos, pues es inevitable el enajenar y adquirir frutos, mercancías y primeras materias, no sufra merma económica.

Todos los tratadistas, tanto los españoles (52) como los italianos y alemanes (53), que han estudiado la naturaleza jurídica y las características del *secuestro*, han acentuado sus efectos primordialmente *conservativos*. No es, pues, de extrañar que veamos en esta figura jurídica, tan poco trabajada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo —seguramente por la escasez de sus decisiones—, la solución de la acción enunciada en el artículo 1.121 del Código civil y, por ende, una forma justa de amparo y protección de los derechos del acreedor condicional. El secuestro se acomoda al principio conservativo de *no innovar*, que se reflejaba, en Derecho romano, en el aforismo "*pendente lite nihil innovetur*" y que, en las Partidas (leyes 13

(52) PLAZA y GUASP: Obras citadas.

(53) ZANZUCCHI: *Diritto Processuale Civile*. Milano, 1946, III, pág. 29. PUGLIATI: *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. Milano, 1935, pág. 145. JAEGER: *Il rifiuto del pignoramento. Studi Urbinati*. 1933, pág. 5. CALVOSA: *Struttura del pignoramento e del sequestro conservativo*. Milano, 1953, pág. 4.

y 14), título VII, Partida 3.^a), se concretaba como prohibición de enajenar la cosa litigiosa "fasta que sea librada la contienda". Su principal dificultad radica en su escasa experiencia en la práctica jurídica española, pues se apoya en normas que alguien (54) ha calificado como vaporosas y en cuya interpretación se exige "una cierta buena voluntad".

Es, precisamente, esta buena voluntad, este buen propósito de tutela mediata (55) de los derechos subjetivos de los litigantes, el que pedimos que sigan teniendo siempre nuestros jueces.

(54) Roca Sastre: *Derecho Hipotecario*. Barcelona, 1948, tomo III, pág. 463.

(55) Calamandrei, pág. 21 de la obra citada.