

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO MONITORIO

M.^a DEL MAR CABREJAS GUIJARRO
Magistrada

Palabras clave: procedimiento monitorio, medidas cautelares, embargo preventivo.

ENUNCIADO

Son numerosas las ocasiones en las que, con la solicitud de inicio de procedimiento monitorio, se interesa se acuerden medidas cautelares, especialmente el embargo preventivo, a adoptar con carácter previo al requerimiento de pago; dos son las posturas adoptadas por las Audiencias Provinciales que son expuestas en el presente caso.

CUESTIONES PLANTEADAS:

Posibilidad de adopción de medidas cautelares en el procedimiento monitorio.

SOLUCIÓN

Dos son las posturas mantenidas por las Audiencias Previas en relación a la posibilidad o procedencia de la adopción de medidas cautelares, en concreto embargo preventivo, previo al requerimiento de pago, en los procedimientos monitorios.

Así, podemos destacar el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13.^a, de 22 de octubre de 2007, en el que se cita a otras, y que ofrece una postura favorable a dicha adopción de medidas estableciendo que:

«Las medidas cautelares tienen difícil encuadre con la virtualidad, consistencia y finalidad de un procedimiento monitorio (obtener un pago inmediato, sin que haya existido un verdadero proceso, o crear un título de ejecución en el caso de silencio del demandado ante el requerimiento), porque si existe oposición a la reclamación, el procedimiento monitorio concluye y se abre el contencioso en el caso de que la reclamación no exceda de la cuantía prevenida para el juicio verbal o se esté a la espera de que el promotor formule demanda de juicio ordinario (art. 818 de la LEC). Con conocimiento y consideración de la doctrina a favor y en contra de la posibilidad de la adopción de medidas cautelares en el procedimiento monitorio expuesta en las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza (Secc. 5.^a), de 8 de noviembre de 2002, Tarragona (Secc. 3.^a), de 17 de noviembre de 2003 y Madrid (Secc. 10.^a), de 12 de septiembre de 2005, este tribunal se pronuncia en contra de la posibilidad pretendida por la apelante, fundamentalmente porque existe una única previsión legal para la adopción de una medida cautelar en esta clase de procedimientos, establecida en el artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal, precisamente introducida en la reforma de esa ley hecha por la de Enjuiciamiento Civil de 2000 (disp. final primera) y en tal disposición (art. 21 de la LPH, apdo. cinco) se establece la posibilidad de embargo preventivo en el curso de un procedimiento monitorio, pero una vez el deudor se haya opuesto a la petición inicial del procedimiento (esto es, fuera ya del procedimiento monitorio, con un juicio verbal constituido por ministerio de la ley o estando a la espera de la demanda de juicio ordinario). Cierto es que tal admisión de medida cautelar tiene el privilegio de que el peticionario (siempre una comunidad de propietarios) no tiene que prestar caución, pero esa ventaja procesal no guarda relación alguna con la exigencia de esperar a la oposición del deudor al requerimiento de pago para que la medida cautelar pueda pedirse, de forma que no hallamos razones para que, fuera del caso de las reclamaciones de comunidades de propietarios a condueños por impago de gastos generales o de dotación al fondo de reserva (letras «e» y «f» del art. 9.º de la LPH, a las que se remite el citado art. 21 de la misma ley), puedan, en un procedimiento monitorio, solicitarse medidas cautelares antes de que el deudor se haya opuesto a las pretensiones del peticionario. No se lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que el reclamante, dadas sus dudas acerca de la solvencia del deudor o de su recta actuación frente a sus acreedores manifestada a través de la petición de medidas cautelares, habría podido acudir directamente al procedimiento declarativo correspondiente, donde podría haber solicitado las medidas cautelares que considerase procedentes, sin que exista tampoco impedimento para que tales medidas sean solicitadas en la eventual fase declarativa subsiguiente al procedimiento monitorio, iniciada con la oposición del deudor.»

Por su parte, se pueden destacar otras razones como:

1. La brevedad del propio proceso monitorio que debilita el presupuesto del *periculum in mora* sobre todo si se comparara con cualquiera de los procesos ordinarios.
2. En los artículos 721 y 726 se condiciona la adopción de cualquier medida cautelar a hacer posible la efectividad de la tutela que se contenga en una sentencia estimatoria cuando en el proceso monitorio no existe sentencia alguna.

3. La accesividad de toda medida cautelar que hace que ésta deba alzarse cuando el proceso finaliza.
4. La dificultad de proveer a la contradicción que el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) exige antes de la adopción de toda medida cautelar.

Por el contrario, existen otra serie de argumentos que posibilitarían su adopción, tales como: el tiempo en que el monitorio está pendiente, esto es, el periodo que constituiría el *periculum in mora*, que puede sobrepasar los 20 días, que resultarían más que suficientes para frustrar la tutela solicitada por el actor, puesto que si se acoge un concepto amplio de instrumentalidad de las medidas cautelares, no sólo respecto de la sentencia de condena, sino de cualquier tipo de sentencia o resolución –como el auto que despacha ejecución en el monitorio–, la medida cautelar serviría para garantizar la actividad de ejecución que el actor persigue, argumentando que el artículo 731 debe interpretarse en relación con el fundamento que inspira la medida y la finalidad que persigue, de manera que deba removerse sólo cuando desaparezca el peligro que la justifica; y, por último, se razona la posibilidad de adoptar medidas cautelares con anterioridad a la oposición del deudor por cuanto el propio requerimiento de pago puede convertirse en un aviso a éste, quien podrá contar con la garantía de que no se decretarán contra su patrimonio medidas de aquel tipo hasta tanto transcurra el plazo de oposición.

Por su parte, y como doctrina mayoritaria, se ofrecen argumentos a favor, recogidos en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.ª, de 12 de septiembre de 2005, entre los que encontramos los siguientes:

UNO. En la tramitación de la actual ley se ha omitido la referencia contenida en el artículo 811 del Borrador, que establecía que podía instarse la medida preventiva a partir del momento en que el deudor formulase oposición al mandato de pago, de lo que se desprende que la voluntad del legislador fue, con su eliminación, permitir que el embargo preventivo pudiera solicitarse desde el principio, así como que carecía de sentido que al actor no le quepa simultanear el proceso especial con la medida cautelar, puesto que «el juicio provisional e indiciario favorable al fundamento» de la pretensión del solicitante de la medida no puede ser muy diferente del «principio de prueba del derecho del peticionario» requerido el artículo 815 de la LEC para que se dicte la providencia acordando el requerimiento de pago en el monitorio.

DOS. Una vez formulada oposición, si el juicio que corresponde es el verbal, el juez procede de inmediato a convocar la vista, de lo que se desprende que, si la medida cautelar sólo pudiera solicitarse con la demanda de juicio ordinario o verbal, no quedaría fijado un momento concreto a partir del cual se pudiera solicitar el embargo preventivo, distinto del de la presentación de la petición inicial, añadiendo que el escrito de petición inicial debe ser considerado como de naturaleza semejante a la demanda, puesto que tal petición, en caso de silencio del deudor, puede tener los mismos efectos que la demanda, ya que da inicio a un proceso que acaba con una resolución judicial con efecto de cosa juzgada y cuya efectividad debe poder ser garantizada con una medida cautelar específica, como si de sentencia dictada en juicio ordinario o verbal se tratase.

TRES. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 8 de noviembre de 2002, aborda la cuestión controvertida concluyendo que existe la posibilidad de solicitar medidas cautelares en el proceso monitorio, destacando la naturaleza jurídica del proceso monitorio, al que califica de declarativo, sosteniendo que el proceso monitorio no parte de un título ejecutivo sino que tiende a crearlo, puesto que surge con la «no oposición del demandado», y que, como tal proceso declarativo, no posee ningún privilegio especial respecto a los juicios declarativos (ordinario y verbal) en la primera fase de su desarrollo, que es meramente admonitiva y no ejecutiva, lo que se ha representado con la típica frase «paga o da razones», resaltando asimismo las similitudes existentes entre el proceso monitorio y el cambiario y que en el proceso cambiario sí que se prevé expresamente una concreta medida cautelar, el embargo preventivo.

CUATRO. Se argumenta que existen razonamientos de naturaleza sistemática que apoyan la tesis favorable a la adopción de medidas cautelares en el proceso monitorio, puesto que las mismas se encuentran reguladas en un libro independiente que hace referencia a medidas concretas de ejecución y que por ello no existe razón alguna para pensar que sólo son aplicables a los procesos declarativos tipo, puesto que en la propia Exposición de Motivos de la LEC se expone que «en cuanto a las medidas cautelares, esta ley las regula en un conjunto unitario de preceptos, del que sólo se excluyen los relativos a medidas específicas de algunos procesos civiles especiales», destacando la finalidad de toda medida cautelar, que es asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dicte, no pudiendo comprenderse que dicha garantía sólo pueda pedirse en el ordinario o el verbal, puesto que el plazo de 20 días que tiene el deudor para oponerse es suficiente para hacer inefectiva la sentencia definitiva que se dicte. Con el proceso especial monitorio se pretende la protección rápida y eficaz del crédito dinerario líquido de muchos justiciables y, en especial, de profesionales y empresarios medianos y pequeños.

CINCO. Se concluye que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 730.2.º de la LEC, que regula la adopción de medidas cautelares con anterioridad a la presentación de la demanda, parece que no existe obstáculo alguno a la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares con anterioridad a la interposición de la demanda de monitorio, si bien la medida quedaría sin efecto si no se presenta la demanda en el plazo de 20 días que se señala en el propio precepto.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 49/1960 (LPH), arts. 9.º y 21.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 721, 726, 730, 731, 733 y 815.
- SAP de Zaragoza, de 8 de noviembre de 2002.
- AAP de Madrid, Secc. 11.ª, de 12 de septiembre de 2005, y Secc. 13.ª, de 22 de octubre de 2007.