

## **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL**

**PROF. DR. MANUEL ORTELLS RAMOS**

*Catedrático de Derecho Procesual*

*Universitat de València (Estudi General)*

### **1.-LA INCLUSIÓN SISTEMÁTICA DEL RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN UN TÍTULO DENTRO DEL LIBRO DE LA EJECUCIÓN FORZOSA: UNA OPCIÓN QUE NO DEBE INDUCIR A ENGAÑO SOBRE LA AMPLITUD DE LA TUTELA CAUTELAR.**

Respecto de un cierto debate sobre la terminología y encuadramiento sistemático de la materia de la tutela cautelar en una ley procesal civil, la nueva LEC ha optado por el planteamiento más tradicional de utilizar la denominación de medidas cautelares y de situar las disposiciones de su regulación con proximidad a las de la ejecución forzosa (se incluyen en el título VI del libro III dedicado a la ejecución forzosa y a las medidas cautelares).

Esta opción metodológica no ha sido obstáculo para mejorar técnicamente la regulación de la tutela cautelar, ni ha inducido a limitar la amplitud de esa tutela.

En cuanto a lo primero, la nueva LEC ha realizado notables avances, con el establecimiento de régimen unitario y bastante completo de la competencia y de los procedimientos en relación con las medidas cautelares, de las cuales las mismas disposiciones de la LEC regulan sus modalidades específicas -o remiten a su regulación, si se ha estimado conveniente conservar las que establecían algunas leyes especiales- y también establecen algunas reglas para que los jueces puedan configurar las medidas que el legislador no ha considerado conveniente especificar.

En cuanto a lo segundo, la excesiva vinculación (ligada a la opción sistemática que acoge la nueva LEC) entre medidas cautelares y ejecución forzosa, hubiera podido conducir a que tales medidas sólo hubieran podido obtenerse en procesos en los que se hubieran ejercitado pretensiones de condena, con lo que no se habría avanzado en el

perfeccionamiento del grado de efectividad de la tutela judicial. Este riesgo ha sido evitado, como después veremos más ampliamente, pero como ya resulta del fin asignado a las medidas cautelares por el art. 721.1 LEC, y que es “asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare”.

## **2.- EL RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y DE SUS PRESUPUESTOS (LAS NORMAS PROCESALES-MATERIALES DE LA TUTELA CAUTELAR).**

La tutela cautelar, desde un punto de vista normativo, comprende dos clases de normas, ambas de naturaleza procesal, pero de contenido diferente:

1) Por un lado encontramos las normas que rigen la jurisdicción y la competencia, especiales requisitos de las partes o de los actos procesales en general, el procedimiento para la resolución sobre la medida cautelar y sus relaciones con el proceso principal.

2) Por otro lado están las normas que rigen la propia tutela jurisdiccional cautelar, es decir, determinan cuáles son los presupuestos que deben concurrir para que deba acordarse una medida cautelar, cuyo contenido y efectos igualmente son configurados por esas mismas normas. En materia jurisdiccional cautelar, las normas procesales no se limitan a regular cómo se llega a la resolución y los requisitos de los que depende su admisibilidad, sino que regulan el propio contenido de la resolución, rigen el juicio sobre la estimación de la solicitud formulada.

Los siguientes apartados 3 al 10 están dedicados a las normas de la segunda clase. Los apartados 11 al 24 a las normas de la primera clase.

## **3.- EL PRESUPUESTO DE LA APARIENCIA DE DERECHO. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA PRETENSIÓN EJERCITADA EN EL PROCESO PRINCIPAL. EL PROBLEMA DE LA EXCLUSIVIDAD DE LAS PRETENSIONES DE CONDENA.**

El régimen del presupuesto de la apariencia de buen derecho, también llamado *fumus boni iuris*, plantea dos cuestiones que deben ser consideradas por separado.

Por una parte, las normas que lo regulan determinan la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y para cuya tutela cautelar se establece la medida.

Por otra parte, la expresión alude también a la cognición necesariamente sumaria que debe hacerse de la situación jurídica mencionada, por la doble razón de que la función de la tutela cautelar requiere reducir la instrucción para hacer posible una resolución rápida, y de que sería absurdo duplicar la actividad alegatoria y probatoria del proceso principal.

En ambos aspectos del presupuesto de la apariencia de buen derecho la nueva LEC introduce cambios importantes y positivos respecto de la regulación actual.

***A) Determinación de las situaciones jurídicas para las que puede pedirse tutela cautelar***

En un régimen como el actual en el que las más importantes medidas cautelares son medidas típicas, la determinación legal de esas situaciones puede ser decisiva, porque si la situación jurídica en que se funda la pretensión interpuesta no se corresponde a las características juridico-materiales o de otra naturaleza previstas por la ley al regular este presupuesto de la medida, ésta no podía ser obtenida o había de ser solicitada al amparo de la disposición relativa a medidas indeterminadas.

Pero, por otra parte, la descripción que hacía el art. 1428 de la antigua LEC del presupuesto de la situación jurídica cautelable - “obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas”-, amparaba interpretaciones que recortaban en gran medida sus posibilidades de aplicación. Se llegó a sostener, en efecto, que el precepto se limita a obligaciones de origen negocial, e incluso, más restrictivamente, contractual, y, a veces, hasta se ha exigido que la obligación se constituya en el propio documento que sirve de principio de prueba. Quedaban fuera -o sólo discutiblemente quedaban dentro- del presupuesto de las medidas cautelares indeterminadas, las pretensiones fundadas en derechos reales, en otros derechos de carácter absoluto o relativas a facultades integradas en una relación jurídica compleja que fuera objeto de la pretensión.

El cambio registrado en este aspecto consiste en que la descripción más general del presupuesto de la apariencia de buen derecho es lo suficientemente amplia como para no originar las dudas antes mencionadas. El presupuesto consiste en el fundamento de la pretensión interpuesta en el proceso principal, respecto del cual el solicitante de la medida ha de formular alegaciones y aportar justificaciones para que el tribunal se forme “sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable” (art. 728.2 nueva LEC).

Por otra parte, la posibilidad de obtener tutela cautelar no queda limitada a los casos en que se hubiera interpuesto una pretensión de condena a prestación, sino también si las pretensiones fueran meramente declarativas o constitutivas. Si esta posibilidad no se hubiera establecido, no habría medios para contrarrestar los riesgos de ineffectividad práctica de los efectos jurídicos de las sentencias declarativas y constitutivas que, ciertamente, no son efectos ejecutivos en sentido técnico (arts. 521, 522 LEC), pero que, en cuanto efectos jurídicos, han de ser efectos prácticos y útiles.

Revisemos las disposiciones que demuestran esta observación. Según el art. 721.1 LEC lo que el actor puede solicitar es “la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para *asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare*”. Coherentemente, lo que el juez puede adoptar como medida

cautelar es alguna actuación que revista, entre otras, la característica de “1ª. Ser...conducen- te a la *finalidad de hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria*” (art. 726.1.1ª LEC). Para obtener la medida cautelar el actor ha de acreditar, entre otras cosas, que podrían producirse situaciones “que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia esti- matoria” (art.728.2 LEC).

### ***B) Medios de acreditamiento de la apariencia de buen derecho***

El avance en el aspecto de los medios de acreditamiento consiste en el abandono de la exclusividad del acreditamiento documental. La solución concuerda con las que desde tiempo se acogen en importantes ordenamientos de nuestro entorno, y, en cierto modo, era demandada por la práctica si se atiende, por ejemplo, a cierta jurisprudencia reciente sobre el acreditamiento documental en el embargo preventivo en la que, para aspectos no esen- ciales de la obligación dineraria que ha de ser demostrada (liquidez, realización previa de contraprestaciones), se admiten escritos cuya credibilidad no se fundamenta en la probabi- lidad de atribuir el escrito al presunto deudor, por haberlo formado él o por haberlo acep- tado, sino que consisten en declaraciones documentadas de un tercero.

El art. 728.2 LEC establece que el solicitante habrá de presentar justificaciones docu- mentales, pero, en defecto de ellas, podrá ofrecer otro tipo de justificaciones para el juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión.

## **4.- EL PRESUPUESTO DE PELIGRO EN LA DEMORA: ¿RIESGO DE IMPO- SIBLE O MUY DIFÍCIL EJECUCIÓN O RIESGO DE INEFECTIVIDAD DE LA SENTENCIA?**

La *ratio iuris* de la norma que establece una medida cautelar es contrarrestar los peli- gros que amenazan los resultados de un proceso de declaración durante la necesaria demo- ra para que esos resultados lleguen a producirse.

Pero las situaciones de peligro son, también, presupuesto de la medida cautelar, en el doble sentido de que, a una cierta clase de peligro, corresponde una cierta clase de medida, y de que de la concurrencia de las situaciones de peligro depende, en la mayor parte de los supuestos, la concesión y el mantenimiento de la medida cautelar.

El perfeccionamiento del sistema de tutela cautelar, en este aspecto, requiere atender a estas dos consideraciones: primera, que toda situación de peligro para los resultados de un proceso de declaración cuente con una medida cautelar adecuada para contrarrestarla; segunda, que ninguna medida cautelar pueda concederse, ni ser mantenida, sin el funda- mento de una situación de peligro apreciada por el juez.

El art. 728.1 LEC posibilita atender a los dos anteriores objetivos: “Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrán producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”.

***A) Toda clase de riesgos para la efectividad de la tutela son relevantes para obtener una tutela cautelar adecuada.***

Al describirse el peligro en la demora del modo que lo hace el art. 728.1 LEC, en vez de hacerlo como riesgo para la ejecución de la sentencia, quedan comprendidos los siguientes tipos de peligro:

1º) Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto, como, por ejemplo, el riesgo de insolvencia del demandado que puede frustrar la ejecución genérica, bien proceda inicialmente, por tratarse de prestación pecuniaria, o bien proceda por imposibilidad de una ejecución específica.

2º) Riesgos que amenazan la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica (por ejemplo, que la cosa mueble no pueda ser habida y deba procederse a una ejecución genérica; que un bien inmueble sea transmitido a tercero protegido por la condición de tercero hipotecario, con la misma consecuencia anterior).

3º) Riesgos que amenazan la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad (por ejemplo, sin las medidas de intervención judicial de la administración de bienes litigiosos productivos o de administración judicial de los mismos, el vencedor en el proceso podrá recibir los bienes, pero sin valor productivo alguno, carencia por la cual habrá de aceptar una indemnización).

4º) Los riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia (por ejemplo, la estimación de una pretensión declarativa de dominio deviene inútil, porque, en el ínterin del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe y que ha inscrito a su favor).

5º) En fin, los riesgos de ineffectividad de la sentencia debidos al simple retraso en el otorgamiento de la tutela judicial y que consisten en un menoscabo -temporal o definitivo- del contenido específico de un derecho, menoscabo para el cual una indemnización dineraria no constituye, por diferentes razones, un tratamiento adecuado. Por ejemplo: el uso por el demandado de la marca registrada hasta que definitivamente se estima la pretensión por violación de ese derecho, causa un daño imposible de calcular a la distribución de los productos del actor amparados por la marca registrada; la explotación indebida de una patente impide al actor obtener las ganancias derivadas

del derecho de exclusiva, pero el demandado no tiene solvencia suficiente para resarcir al actor.

***B) No pueden ser obtenidas medidas cautelares si no existe un riesgo concreto para la efectividad de la tutela.***

Con la disposición citada se acaba también con situaciones como las que actualmente se dan con la intervención judicial de bienes litigiosos o con la anotación preventiva de demanda, en las que la ley no impone expresamente el presupuesto del peligro en la demora.

Por otra parte, coherentemente con lo anterior, el legislador abandona la técnica utilizada en el embargo preventivo de tipificar las circunstancias determinantes de peligro (extranjería del deudor, carencia de bienes o de domicilio en el partido judicial, etc.) que impidían una concreta apreciación judicial del mismo y frente a la que la aplicación judicial de LEC ya había reaccionado, requiriendo que, junto al supuesto legal, concurriera un concreto peligro de insolvencia.

En relación con este aspecto la práctica deberá evitar excesos en la exigencia de acreditamiento del presupuesto del peligro, particularmente en los supuestos en los que éste puede actualizarse con gran rapidez (por ejemplo: asientos registrales cuya eficacia ha de ser contrarrestada por una anotación preventiva de demanda).

## **5.- EL PRESUPUESTO DE LA CAUCIÓN.**

Por regla general, también es presupuesto de las medidas cautelares la prestación de una caución por el solicitante de las mismas. Es necesaria norma expresa para que la caución no sea exigible (art. 728.3 LEC).

A diferencia de ciertos ordenamientos extranjeros, en nuestro Derecho el presupuesto de la caución no puede suplir la falta de los dos primeros presupuestos, sino como máximo complementarlos.

Finalidad de esta caución es ofrecer una garantía patrimonial concreta y específica para el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida cautelar a la indemnización de los daños y perjuicios causados por una medida cautelar ilícita. La suficiencia cuantitativa de la caución debe determinarse, precisamente, en atención a lo dicho (art. 728.3, párrafo primero LEC) y a las costas específicas de las actividades procesales relativas a la tutela cautelar. No obstante, el párrafo segundo del mismo artículo también permite que se tenga en cuenta el fundamento de la petición de la medida, entiendo que para reducir la cuantía de la caución en función del mayor grado de probabilidad de tal fundamento.

Por lo que se refiere a la calidad de la caución -que bajo la antigua ordenación comportaba frecuentemente una discusión sobre en qué medidas era admisible el aval bancario- la nueva LEC opta por un doble criterio. Primero, cita específicamente el depósito irregular de dinero en función de garantía y el aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca (remisión del art. 728.3, párrafo tercero al art. 529.3, párrafo segundo LEC). Segundo: establece un concepto jurídico indeterminado que el juez habrá de concretar caso por caso, al admitir cualquier otro medio de inmediata disponibilidad, apto para responder de manera rápida y efectiva (art. 728.3, párrafo primero y remisión del párrafo tercero al art. 529.3 LEC).

El derecho a justicia gratuita no exime de la prestación de esta caución. Ese beneficio no figura en el art. 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. La exención sin más lesionaría sin indemnización el interés privado del sujeto pasivo de la medida. Para crear condiciones reales de acceso a la tutela cautelar a las personas carentes de medios económicos, el Estado ha de realizar una actividad prestacional, consistente en asumir la eventual responsabilidad. Véase sobre esta cuestión la STC 17 diciembre 1987, Sala 2.ª, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, 1988-81, páginas 63-72.

Están exentos de prestar fianza el Estado y otras instituciones públicas (art. 12.1 Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas), las Comunidades Autónomas (disposición adicional 4ª.2 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas) y las Administraciones locales (art. 185.5 RD Legislativo 781/1986, 18 abril, que aprueba el texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local).

## **6.- LAS MEDIDAS (LOS EFECTOS) CAUTELARES: UN NUEVO SISTEMA PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS**

La regulación de las medidas (efectos) cautelares combina dos técnicas diferentes: la configuración de unas medidas (efectos) específicos (art.727 LEC) y la atribución de una potestad al juez para adoptar efectos cautelares legalmente no especificados, aunque fijando para esa especificación unos conceptos jurídicos indeterminados (art.726 LEC).

No hubiera sido suficiente establecer una serie de medidas determinadas. Una norma que autorice medidas cautelares indeterminadas o atípicas es, sin duda, necesaria para la perfección de un sistema de tutela cautelar, porque posibilita que las medidas adquieran la ductilidad necesaria para contrarrestar situaciones de peligro en la demora cuya diversidad no siempre es fácil y completamente previsible.

Sin embargo, ante la norma reguladora de medidas indeterminadas -que, por necesidad, tiene un supuesto de hecho y unas consecuencias jurídicas imprecisas (medidas necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia en el art.1428 de la antigua LEC)-, el juez

puede experimentar una sensación de inseguridad, de miedo al vacío, que, en definitiva, haga la norma inocua. Así ocurrió sin duda con el art. 1428 de la antigua LEC, que precisó, para facilitar su aplicación, que se precisaran las medidas en la legislación de patentes, marcas, competencia desleal, propiedad intelectual y publicidad. Con la doble técnica que se utiliza en la nueva LEC para la determinación de las medidas se evita tanto que la tutela sea incompleta, como que sea inaplicada por imprecisa.

## 7.- MEDIDAS CUYO CONTENIDO ESPECIFICA LA LEY.

Para el análisis de las medidas cautelares específicas hay que distinguir, por un lado, las reglas 1ª a 10ª del art.727 -referida a unas medidas cautelares reguladas en la LEC, a las que no es dudoso que se les aplique el conjunto de normas de ésta -, y, por otro, la regla 11ª del mismo artículo, que es una norma de remisión a medidas cautelares reguladas en leyes especiales. Para la segunda clase de medidas habrá que determinar si les son aplicables los presupuestos tal como se regulan en el art.728 LEC y el régimen de enervamiento de los artículos 746 y 747 LEC; de esto nos ocuparemos en el apartado 10.

Las principales observaciones sobre el régimen de las medidas cautelares específicas son las siguientes:

a) Las reglas 1ª a 10ª del art.727 no establecen sólo medidas (efectos) cautelares, sino que también, aunque no en todos los supuestos, especifica alguno de los presupuestos de las mismas. Así, las reglas 1ª (embargo preventivo), 2ª (administración judicial e intervención judicial de la administración) y 3ª (depósito judicial) determinan la clase de pretensión interpuesta en el proceso principal para obtener la clase de medida cautelar regulada en esas reglas. No obstante en el caso especialmente importante en la práctica del embargo preventivo, se dispone expresamente que, además de su procedencia ordinaria en caso de pretensiones de condena al pago de dinero, podrá ser utilizado si en el proceso principal se han interpuesto otra clase de pretensiones y no puede ser adoptada otra medida más idónea y eficaz y menos onerosa para el demandado.

c) Las medidas previstas en las reglas 7ª, 8ª, 9ª y 10ª del art.727 concurren parcialmente con algunas de las medidas previstas en las leyes especiales a las que remite el art.727.11ª LEC. Si existe la concurrencia deberá aplicarse con preferencia el régimen de la ley especial (véase apartado 10). Pero lo más importante es constatar que unas medidas que, hasta la nueva LEC, sólo estaban legalmente previstas de modo expreso para la tutela cautelar de ciertos derechos y relaciones jurídicas, son mencionadas ahora como medidas determinadas de aplicación más general. Ese es el caso de las medidas prevista en la regla 7ª del art. 727: “La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo”.



d) Las reglas 5ª y 6ª del art.727 no modifican el régimen específico de los efectos cautelares consistentes en anotaciones en registros públicos, porque el art.738.2, párrafo tercero somete la actuación de las anotaciones preventivas decretadas a las normas que rijan el registro correspondiente y, por tanto, no hay posibilidad de ampliar por discrecionalidad judicial los supuestos de anotación previstos por tales normas.

## **8.- LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CONFIGURADAS JUDICIALMENTE.**

Las medidas cautelares que se especifican en el art. 727 LEC no son las únicas medidas cautelares que pueden ser adoptadas en un proceso civil. Más bien las mismas son una especificación ejemplificativa de las que pueden ser decretadas en ejercicio de la potestad cautelar general cuyas características establece el art. 726 LEC. Así lo dice el primer párrafo del art. 727 LEC (“Conforme con lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas”) y lo reitera innecesariamente el segundo inciso de la regla 11ª del art. 727 (“Aquellas otras medidas que (...) se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial...”).

Atendidos los criterios establecidos por el art. 726 y por el art. 727.7º la potestad de tutela cautelar permite acordar medidas que tengan efectos de mero aseguramiento y de conservación, pero sigue siendo dudoso que puedan ser decretadas medidas innovativas en cuanto a la satisfacción de la pretensión.

### ***A) Medidas con efectos de mero aseguramiento de la ejecución o de la eficacia declarativa o constitutiva de la sentencia.***

Esta clase de efectos se caracterizan por mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan efectivamente hacerlo, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud. Esta clase de efectos de las medidas no producen ninguna satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal.

Es el caso del aseguramiento de la eficacia ejecutiva de la sentencia, sea ésta título para una ejecución dineraria (embargo preventivo) o lo sea para una ejecución por deberes de entregar cosas, de hacer o de no hacer (depósito, administración e intervención judiciales, formación de inventarios, anotaciones preventivas en registros públicos; y nuevamente el embargo preventivo, porque, como último medio, en la ejecución se procede para ejecutar por una equivalente dinerario del deber específico no cumplido). También el de la medida de anotación preventiva en registros públicos cuando sirve para asegurar no los efectos ejecutivos de una sentencia, sino sus efectos declarativos o constitutivos.

***B) Medidas con efectos de conservación pero no de simple aseguramiento.***

Se trata de un paso más en el contenido de las medidas cautelares en el sentido de superar la mínima injerencia que suponía la anterior clase de efectos y de aproximarse a un efecto de satisfacción de la pretensión.

Legislativamente se había dado ese paso con una serie de medidas cautelares (suspensión de acuerdos impugnados de sociedades y asociaciones, suspensión de la obra nueva, suspensión de actividades, cesación provisional de las mismas o prohibición de iniciarlas si estaban en preparación en materia de propiedad intelectual, publicidad, patentes y marcas, competencia desleal y protección civil de los derechos al honor, intimidad y propia imagen), pero existían ciertas dificultades para su admisión con carácter general y, sobre todo, para admitir que pudieran tener un sentido positivo, consistente en ordenar la continuación en el cumplimiento de prestaciones.

Ambos aspectos dudosos quedan aclarados en la nueva LEC.

El primero por lo dispuesto en el art. 726.2: “Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte”.

El segundo por lo establecido en el art. 727.7ª, según el juez puede decretar “la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo”.

***C) Medidas con efectos innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal.***

Con estas medidas no se trata de conservar una situación en la que tuvieran satisfacción derechos e intereses cuya tutela se pide en el proceso principal, sino de introducir una innovación, satisfaciendo lo que extraprocésalmente nunca fue pacíficamente reconocido.

En la LEC se mantiene una medida cautelar determinada de esa clase: los alimentos provisionales que el juez puede acordar a cargo del demandado cuando haya sido reclamada judicialmente la filiación (art. 768.2 LEC). La derogación del art. 17 II Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor ha eliminado -al menos para el proceso civil, para el penal véase art. 785.8.ª, d) LECRIM- otro reconocimiento expreso de medidas de esta clase: la pensión provisional en favor de las víctimas de accidentes derivados del uso y circulación de vehículos de motor o de las personas a su cargo mientras pende el proceso para resolver sobre la indemnización.

No hay un obstáculo absoluto a que se admitan medidas de esta clase. El art. 726.2 LEC se refiere genéricamente a “órdenes de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso”. La expresa mención de la continuación de prestaciones que vinieran llevándose a cabo (art. 727.7ª LEC) tampoco lo impide, porque las medidas expresadas en el art. 727 no reducen el ámbito de las medidas posibles según el art. 726, sino que sólo ilustran el modo de concretarlas.

En cualquier caso para acordar medidas de esta clase, a parte de una específica situación de peligro en la demora sólo contrarrestable de ese modo, habría de existir plena reversibilidad de la situación creada por la medida, para el caso de que no fuera estimada la pretensión principal.

### **9.- EL RÉGIMEN DEL ENERVAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.**

Los arts. 746 y 747 LEC regulan la sustitución de la medida cautelar por una caución prestada por el sujeto pasivo de la misma. ésta pasa a ser una posibilidad general y no específica de determinadas medidas cautelares.

Admitir la sustitución de una medida cautelar por una caución, supone, en algunos casos, que el ordenamiento admite que no se preste una tutela cautelar específica a cierto derecho o interés, limitándola a la tutela cautelar del derecho a indemnización por la eventual lesión que pueda producirse en ese derecho o interés. De una parte, esta solución resulta adecuada a la tutela cautelar, porque en ocasiones las medidas específicas causan grave daño al sujeto pasivo -y sin base más segura que una apariencia de derecho-. Pero, por otra parte, cuando por la calidad de los derechos o intereses tutelados el tratamiento indemnizatorio resultaría inapropiado en el momento de su satisfacción definitiva, también debe sostenerse la inadecuación -en el momento de la tutela cautelar- de la sustitución de una medida específica por una cautela del derecho a indemnización.

Por esa razón el régimen establecido por el art. 746 LEC no consiste en que el ofrecimiento de una caución cuantitativamente suficiente vincule al juez a sustituir la medida, sino que ese ofrecimiento es una petición de sustitución sobre la que el juez decide atendiendo a los factores establecidos en el apartado 2 del artículo.

La petición de sustitución por caución puede formularse en la defensa frente a la solicitud de medidas cautelares, si sobre éstas se resuelve con audiencia previa; en la oposición a la medida cautelar adoptada sin audiencia previa, con vistas a que la medida sea alzada, aunque no de modo absoluto, sino sustituida.

También puede formularse como petición independiente. Sólo en este supuesto ha de realizarse la tramitación prevista en el art. 747.1, párrafo segundo y tercero (petición por escrito, traslado por cinco días, vista y auto no recurrible).

## **10.- INCIDENCIA DE LAS DISPOSICIONES DE LA LEC SOBRE LAS NORMAS PROCESALES-MATERIALES DE LA MEDIDAS CAUTELARES ESTABLECIDAS EN LEYES ESPECIALES.**

Esa incidencia suscita diversos problemas que pasamos a examinar.

El principal es un problema de interpretación sistemática del art.727. 11ª LEC con el art.728, en el sentido de si los presupuestos que se establecen en el segundo son también de aplicación a las medidas específicas a las que remite el art.727.11ª. De entrada, la separación de la determinación del régimen de los efectos (medidas) cautelares y de la determinación de los presupuestos conduce a responder afirmativamente. El legislador ha querido mantener medidas (efectos) cautelares previstos en algunas leyes especiales, pero también generalizar un cierto régimen de los presupuestos de las medidas cautelares.

Además de estos presupuestos generales habrán de concurrir los presupuestos especiales que, en su caso, estén establecidos por la ley especial (por ejemplo, la justificación de la explotación de la patente o de preparativos serios para ella, si se trata de medidas en litigios sobre materia de patentes -art. 133 Ley de patentes-).

Otras cuestiones más específicas sobre la incidencia de las disposiciones de la LEC en las normas configuradoras de medidas cautelares en leyes especiales son las siguientes

a) En las anotaciones preventivas de demanda de la LH y de la LHMPSPD resulta más clara la exigibilidad de un cierto peligro en la demora y se introduce la posibilidad de sustitución por caución.

b) En la suspensión de actividades de asociaciones durante la pendencia de un proceso sobre la disolución de las mismas, la LEC integrará su régimen jurídico plenamente, porque si bien las leyes mencionan esa posibilidad de suspensión, omiten luego una regulación necesaria.

c) La suspensión provisional de acuerdos impugnados de órganos colegiados de sociedades cooperativas regulada por el art.52.5 de la Ley General de Cooperativas no ha sido derogada expresamente, pero como ese artículo se remitía con especialidades al régimen de la suspensión de acuerdos de las sociedades anónimas, se aplicará a la misma, además de las normas generales, lo específicamente dispuesto por el art. 727.10ª LEC.

d) La suspensión de acuerdos de juntas de propietarios y de asociaciones integrará plenamente el régimen de sus presupuestos y posible enervación con las disposiciones de la LEC, puesto que las de sus leyes específicas son, al respecto, casi inexistentes.

e) En la tutela cautelar de los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, las disposiciones de la LEC integrarán la muy lagunosa regulación del art.9.2 de la

Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

f) En materia de patentes la aplicación supletoria de la LEC deberá dejar a salvo el presupuesto especial de la justificación de la explotación o de preparativos serios para ella (art.133.1 Ley de Patentes), así como el régimen más detallado de la caución como presupuesto de las medidas (art.137.1, 3 y 4 Ley de Patentes). La Ley de Patentes tiene también una regulación especial del enervamiento de la medida cautelar por caución, establecida en el art.137.2: en el ámbito de la Ley de Patentes, la sustitución por caución no es una petición a resolver por el juez teniendo en cuenta los factores establecidos en el art.746.2 LEC, sino un acto del demandado vinculante para el juez si aquel ofrece caución por el importe y de la clase establecidos.

### **11.- ESTABLECIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO ÚNICO PARA RESOLVER SOBRE LA TUTELA CAUTELAR.**

Actualmente no hay un único procedimiento para resolver sobre las diversas medidas cautelares previstas por el ordenamiento, sino que el régimen jurídico de cada medida comprende no sólo la configuración de los presupuestos y efectos de ésta, sino también la ordenación más o menos completa -casi siempre menos que más- de la actividad procesal para resolver sobre la misma.

Además esas ordenaciones procedimentales son de una diversidad notable: la solicitud de la medida con carácter previo al proceso principal es admisible para unas medidas, pero no para otras; la contradicción respecto de la solicitud de la medida en unos casos es previa de modo preceptivo, en otros no se permite que sea previa, en otros en fin admitirla como previa depende de una decisión discrecional del juez; la contradicción diferida debe ser sustanciada en formas diversas, orales o escritas, e incluso -cuando falta regulación- ha de utilizar la vía del recurso contra la resolución que ha acordado la medida cautelar; existen previsiones diversificadas sobre medios de impugnación.

Las diferencias procedimentales no siempre -más bien casi nunca- están justificadas por la especificidad de la medida cautelar. El actual estado de cosas es, más bien, el resultado de que la regulación vigente de la tutela cautelar no responde a un mínimo planteamiento racional, sino que es fruto de acarreo históricos e intervenciones legislativas de urgencia.

La nueva LEC establece un procedimiento único para la petición de medidas cautelares y también para la oposición a las mismas y para su revisión. Con ese fin deroga expresamente las normas procedimentales relativas a las medidas cautelares reguladas en leyes especiales, incluso cuando opta por mantener -como es el caso de la materia de patentes- las normas configuradoras de las medidas (disposición derogatoria, apartado 1, 15º, que

deroga los arts.135 y parte del 136 de la Ley de Patentes, reguladores de aspectos procedimentales).

## 12.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La adopción de medidas cautelares es, en todo caso, potestad de la jurisdicción (art. 5.1 LEC). Reconocida ahora expresamente por la LEC la posibilidad de obtener medidas cautelares si el litigio principal está sometido a arbitraje (art. 722, párrafo primero LEC), la potestad para concederlas se atribuye a los tribunales estatales (art. 724, párrafo primero LEC), a los que habrán de solicitarlas las partes.

Para la determinación de la jurisdicción y competencia hay que distinguir según las medidas cautelares se soliciten con la demanda principal o cuando el proceso principal ya está pendiente, se soliciten antes de presentar la demanda principal o, en fin, se soliciten sin relación con un litigio principal pendiente ante tribunales estatales españoles.

### *A) Medidas solicitadas con la demanda principal o pendiente el proceso principal*

En este caso se aplica una norma de competencia funcional y las actuaciones respecto a la medida cautelar se atribuyen al órgano que está conociendo del proceso principal (arts. 723.1 y 61 LEC).

Hay que tener presentes algunas normas complementarias:

1ª) Si sobre la competencia para conocer del proceso principal se plantea conflicto, el órgano jurisdiccional que estuviera conociendo puede, a pesar de la regla general de suspensión, realizar actuaciones respecto a las medidas cautelares si concurren concretas razones de urgencia (arts. 48 LOPJ). Del mismo modo se procede si el demandado hubiera planteado declinatoria (art. 64.2 LEC).

2ª) Si las medidas fueran solicitadas cuando el proceso principal se halla en segunda instancia, recurso extraordinario por infracción procesal o casación, “será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos” (art. 723.2 LEC).

Esta norma plantea problemas. Buena parte de la tramitación de los recursos citados se realiza ante el tribunal *a quo* (en la apelación hasta la presentación de escrito de oposición del apelado; en los demás hasta la presentación de escrito de interposición por el recurrente) y sólo al término de esa tramitación se remiten los autos al tribunal *ad quem*.

Dos son las soluciones posibles: que el solicitante pida testimonio de particulares y formule la solicitud ante el tribunal *ad quem*; entender que la competencia corresponde al *a*

*quo* o al *ad quem* según la solicitud se presente cuando cada uno de ellos está ejerciendo su competencia en la tramitación del recurso.

La segunda solución es más acorde con la efectividad que ha de perseguirse con la tutela cautelar.

### ***B) Medidas cautelares solicitadas con anterioridad a la demanda principal***

La competencia corresponde al tribunal que sea competente para conocer de la demanda principal (art. 723.1 LEC).

La correcta aplicación de esta norma requiere atender a las mismas normas sobre jurisdicción y competencia que rigen la atribución de éstas en cuanto al objeto del proceso principal.

Específicamente:

#### ***a) Competencia judicial internacional***

La norma expresa del art. 22.5.º LOPJ que atribuye competencia a los tribunales españoles “cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España”, no significa que sólo en ese caso tengan competencia para la tutela cautelar los tribunales españoles. La determinación de la extensión de la jurisdicción española según los restantes números del art. 22, lleva implícita la atribución de la tutela cautelar, porque aquella extensión se determina en atención a materias y no a funciones jurisdiccionales, y comprende en principio todas éstas en cuanto deban ejercerse respecto a las materias incluidas.

Si la medida cautelar adoptada por un tribunal español ha de ejecutarse en país extranjero, hay que contar con la posibilidad de reconocimiento de la resolución en ese país, lo que suele plantear más problemas que el reconocimiento de sentencias.

#### ***b) Atribución a los tribunales del orden judicial civil.***

La competencia genérica (o jurisdicción) respecto a las medidas cautelares corresponde a los tribunales del orden judicial civil si aquéllas se refieren a una materia que sea propia de los órganos de este orden judicial o que no esté atribuida a otro orden (art. 9.2 LOPJ).

Excepcionalmente esta competencia genérica puede corresponder a los tribunales del orden judicial penal. A estos compete el embargo preventivo o la fianza sustitutoria para asegurar la condena a indemnización por responsabilidad civil derivada de delito si, como es regla general, se exige acumuladamente en el proceso penal. En ciertos casos

de “desacumulación”, las medidas cautelares adoptadas por el juez penal subsisten (art. 843 LECRIM) y la competencia sobre ellas pasa al juez civil ante el que se ha interpuesto la pretensión civil.

### *c) Competencia*

En cuanto a la competencia objetiva, la regla general es la de su atribución a los Juzgados de Primera Instancia (art. 45 LEC), pero, en sus respectivos casos, pueden ser competentes Juzgados de Primera Instancia con competencia exclusiva en la materia de que se trate (art. 46 LEC), los Juzgados de Paz (art. 47 LEC) y otros tribunales que, según la LOPJ, tengan atribuida competencia por razón de la calidad de la persona del demandado.

La competencia territorial se determinará con arreglo a las reglas imperativas que la rijan respecto del objeto del proceso principal, en su defecto en atención a la sumisión expresa si existe (las cláusulas de sumisión son amplias y es improbable que excluyan su aplicación en caso de solicitud de medidas cautelares) y, en último término, según las normas legales supletorias.

En todo caso hay que advertir que la presentación de la solicitud implica para el actor sumisión tácita en cuanto al proceso principal (art. 56.1 LEC). La personación y defensa del demandado no implica ese efecto, porque legalmente no puede formular declinatoria.

### ***C) Medidas cautelares no instrumentales de un proceso ante los tribunales españoles***

Si las medidas cautelares son instrumentales de un litigio sometido a arbitraje, será tribunal competente para acordarlas el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (art. 724, párrafo primero LEC).

Si las medidas cautelares son instrumentales de un proceso pendiente ante un tribunal extranjero pueden ser obtenidas de los tribunales españoles si les atribuyen esa competencia los tratados y, en su defecto, con arreglo al art. 22.5.º LOPJ (“cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España”), siempre y cuando el asunto principal no sea de la competencia exclusiva de los tribunales españoles.

Salvo otra determinación de los tratados, serán competentes los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde deba ejecutarse la sentencia del Tribunal extranjero, o, en su defecto, los del lugar donde las medidas hayan de producir efectos (art. 724, párrafo segundo LEC).

### ***D) Reparto e impugnación de la jurisdicción y competencia***

Con carácter general para todos los supuestos anteriores ha de advertirse que:



1º) Si las medidas han sido solicitadas antes de que el asunto esté repartido, el Juez Decano o el Presidente de la Audiencia o Tribunal, según los casos, puede adoptar las medidas más urgentes, antes de proceder al reparto, si, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable (art. 70 LEC).

2º) Frente a la solicitud de medidas cautelares no es admisible la declinatoria del demandado, para impugnar la competencia. Pero el tribunal ha de examinar de oficio su jurisdicción y competencia, incluso la territorial salvo que estuviera atribuida por sumisión expresa. Como consecuencia de este examen puede abstenerse de conocer, salvo si aprecia incompetencia territorial, en cuyo caso puede adoptar las medidas que estime más urgentes antes de remitir las actuaciones al tribunal que considere competente (art. 725 LEC).

### **13.- EL PROCEDIMIENTO SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES. CONTENIDO DE LA SOLICITUD.**

El art.721.2 LEC establece las principales exigencias del principio dispositivo en esta materia: concesión de las medidas a instancia de parte y deber de congruencia. Como es lógico esta norma tiene las excepciones que la propia LEC prevé (así arts.762 y 768 LEC).

La norma sobre congruencia -art. 721.2 :“Tampoco podrá éste (el tribunal) acordar medidas más gravosas que las solicitadas”-, tiene una muy precisa repercusión sobre el contenido de la solicitud. Se trata de que, para que pueda ser cumplido precepto tan básico, y también para que el demandado conozca frente a que ha de defenderse, es preceptivo que el solicitante determine, “diseñe” en su caso, la medida cautelar que solicita. Una solicitud de medidas cautelares en el sentido de pedir que el juez adopte las que considere procedentes a la vista de los fundamentos que se alegan y del régimen de configuración de medidas de los arts. 726 y 727 LEC debería ser tratada con la consecuencia de la inadmisión por causa análoga a la del art. 424 LEC (defecto legal en el modo de proponer la demanda por falta de claridad y precisión en la determinación de la petición).

Idéntico tratamiento debería aplicarse a las solicitudes -de las que hay una amplia experiencia en la práctica del embargo preventivo solicitado sobre el presupuesto de “indicios racionales de ocultación o malbaratamiento”- en las que, en vez de alegar hechos concretos para sustanciar el supuesto legal del peligro en la demora, el solicitante se limita a reiterar, con los mismos o con parecidos términos, el propio supuesto legal. Esta corruptela dificulta la defensa del demandado e introduce confusión sobre el momento en que el actor ha de asumir la carga de alegación de los presupuestos de la medida, favoreciendo interpretaciones que le permiten introducir los hechos concretos durante la oposición. La LEC ha querido salir al paso de estas prácticas con disposiciones como la del art.732.1, que requiere que la solicitud se haga “justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción”.

El escrito de solicitud es el momento preclusivo para la aportación por el solicitante de la medida de los acreditamientos de los presupuestos alegados y para la proposición de otras pruebas (art. 732.2, párrafo tercero LEC). De modo que cuando el art.734.2 LEC, sin distinguir entre actor y demandado, les permite servirse “de cuantas pruebas dispongan” en el acto de la vista, ha de entenderse que en el caso del actor esas pruebas habrán de estar entre las propuestas con la solicitud.

También en este escrito deberá ofrecerse la prestación de caución, especificando la calidad de la misma y justificando su cuantía (art. 732.3 LEC).

#### **14.- TIEMPO DE PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD. PRECLUSIÓN VINCULADA AL MOMENTO DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La regla general en cuanto al tiempo de solicitud de las medidas cautelares es el momento de presentación de la demanda del proceso principal (art.730.1 LEC). La solicitud en cualquier otro momento es considerada una excepción y, por lo tanto, sólo se admite si concurren presupuestos especiales.

En el apartado 21 estudiaremos la solicitud previa a la demanda. Ahora consideraremos la solicitud posterior.

Respecto de la solicitud posterior opera una norma de preclusión consistente en que la petición habrá de basarse en “hechos y circunstancias que justifique la solicitud en esos momentos” (art. 730.4 LEC).

Tales hechos y circunstancias lo son, sin duda, aquellos que constituyen presupuestos para la petición y han ocurrido o han sido descubiertos con posterioridad a la demanda. Pero también la novedad o descubrimiento de medios de acreditamiento documental o de otro tipo antes no disponibles -lo que justificó no pedir las medidas con riesgo de desestimación y posterior imposibilidad de pedir las salvo cambio de circunstancias- o la mejora de la situación patrimonial del solicitante, que ahora le permite hacer frente a la prestación de la caución que, en el momento de presentar la demanda, no estaba en condiciones de constituir.

#### **15.- LA AUDIENCIA DEL DEMANDADO PREVIA A LA RESOLUCIÓN COMO REGLA GENERAL. EL ALCANCE DE LA DEFENSA DEL DEMANDADO.**

##### *A) Audiencia del demandado previa a la resolución*

La regulación actual es confusa e inadecuada en un tema -tan importante por afectar a la prohibición de indefensión- como el del momento, la forma y la amplitud de la posibilidad de contradicción del sujeto pasivo de la medida cautelar.

En un planteamiento reformador la propuesta a formular en este aspecto no era dudosa: contradicción previa o diferida según apreciación del juzgador fundada en razones de peligro concreto, y que permita una defensa suficiente, aunque proporcionada al carácter instrumental del procedimiento.

La urgencia de la medida cautelar y la necesidad de su adopción y ejecución con sorpresa para el demandado no son presumibles con acierto absoluto, de modo que siempre esté justificada la contradicción diferida. Menos aún es razonablemente presumible lo contrario, ni, por tanto, justificable la contradicción previa sin excepción.

La ordenación más acertada es la que permite un mayor ajuste a la situación concreta y, en función de la apreciación de ésta por el juez, le autoriza a determinar si la contradicción ha de ser previa o ha de demorarse a un momento posterior a la adopción de la medida.

La ordenación de la LEC se ajusta a estos criterios: la regla general es la audiencia previa del demandado (art.733.1), esa audiencia se desarrolla sin previo escrito de contestación por el demandado, directamente en una vista oral (art.734); la excepción es la exclusión de la audiencia previa del demandado en función de unos presupuestos (art.733.2) que estudiaremos en el apartado siguiente.

Para que la vista se celebre a la mayor brevedad, el tribunal está autorizado a alterar el orden de los asuntos señalados, si lo exige la efectividad de la medida cautelar (art. 734.1 LEC, que es una excepción a la regla del art. 182.2 LEC).

### ***B) Amplitud de las defensas del demandado ante la solicitud de medidas***

En el régimen actual de la tutela cautelar requería clarificación la amplitud de las defensas admisibles al demandado, qué alegaciones y qué medios de prueba y de acreditamiento puede hacer valer para oponerse a la pretensión de tutela cautelar.

La duda principalmente afectaba al presupuesto de la apariencia de derecho -fundamento de la pretensión del proceso principal- y al acreditamiento del mismo, respecto de los cuales no es infrecuente leer que no sería admisible la defensa del demandado, porque si se admitiera se incurriría en el absurdo de duplicar su defensa del proceso principal, y porque el pronunciamiento sobre el mismo prejuzgaría la sentencia definitiva.

Se trataba de establecer una solución que, de un lado, evite incurrir en una ilógica y antieconómica duplicación de las alegaciones y prueba del proceso principal, y, de otro, garantice con seguridad las posibilidades defensivas del demandado.

En ese sentido dispone el art. 734.2 LEC que “actor y demandado podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y

practicarán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares”. No se excluyen, pues, alegaciones referidas a cualquiera de los presupuestos de la medida, lo que se confirma con la mayor definición de las alegaciones admisibles que se realiza al regular la oposición -véase después apartado 9-.

La mención de que las partes han de “disponer” de las pruebas que propongan justificada, a mi juicio, que la vista no deba ser suspendida para la práctica de las pruebas propuestas -salvo la de reconocimiento judicial, para la que expresamente el art. 734.2 LEC prevé la suspensión-, sino que las partes habrán de estar en condiciones de practicarlas en el acto.

#### **16.- EXCEPCIONES A LA AUDIENCIA PREVIA DEL DEMANDADO. INFORMACIÓN SUMARIA ACERCA DE LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS EN ESTOS SUPUESTOS.**

Sobre la solicitud de medidas cautelares se resolverá, excepcionalmente, sin previa audiencia del demandado, si concurre alguno de estos dos presupuestos: razones de urgencia -porque se está preparando o incoando la conducta que afectará a la efectividad de la sentencia- y “que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida” -en el sentido de que el preaviso favorecería el inmediato desarrollo de tal conducta- (art. 733.2 LEC).

El art. 733.2 LEC impone al juez el deber de apreciar específicamente esos presupuestos y motivar expresamente su concurrencia.

Como la solicitud de las medidas con carácter previo a la demanda está vinculada a razones de “urgencia y necesidad” (art. 730.2 LEC), la resolución en ese caso se ha de producir siempre sin audiencia previa del demandado.

Como se advirtió, los presupuestos de las medidas cautelares no sólo pueden ser acreditados con medios documentales, sino también con otros medios de acreditamiento. Sin embargo, si las medidas se adoptan sin previa audiencia del demandado, no tiene lugar una vista previa a la resolución y no hay, por tanto, oportunidad de practicar los medios de acreditamiento distintos a los documentales.

La LEC sólo prevé esta actividad unilateral de información del órgano jurisdiccional para las medidas solicitadas “en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas” (art. 732.2 LEC).

La solución a este problema puede ser alguna de estas dos: 1ª) que a los efectos de la primera resolución sobre la medida sean suficientes las afirmaciones del actor respecto de los presupuestos que no cuenten con acreditamiento documental; 2ª) considerar como

justificación documental toda aquella que pueda ser presentada ante el tribunal mediante soporte escrito, aunque su contenido sea pericial o testifical (véase, por ejemplo, los escritos citados en el art. 265.1.4º y 5º LEC). La segunda posibilidad resuelve el problema planteado y con más garantías para el sujeto pasivo de la medida.

## **17.- RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDAS. CONGRUENCIA. RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN.**

### ***A) Congruencia de la resolución***

Como ya se advirtió en el apartado 13, el solicitante ha de determinar la concreta medida que pide.

La resolución ha de ser congruente con esa solicitud. Una concepción rigurosa del régimen de la congruencia podría conducir a que, si el juez considerara excesivamente onerosa la medida concretamente “diseñada” por el solicitante, desestimara simplemente la solicitud, porque, pedidos unos efectos jurídicos cualitativamente identificados, si no están amparados por la norma hay que denegarlos, no resolver sobre otros efectos cualitativamente distintos. Al establecer implícitamente el art. 721.2 LEC que se pueden acordar medidas menos gravosas que las solicitadas, se mitiga esa comprensión rigurosa de la congruencia, a la que se da un tratamiento similar a la congruencia cuantitativa, aunque propiamente no contempla un caso de esta última (por ejemplo: pedir un embargo preventivo por 5 millones y concederlo por 10 millones), sino una valoración ponderativa de la diversa gravedad de la incidencia de la medida en la esfera jurídica del demandado.

En la resolución que conceda la medida cautelar ha de resolverse sobre la clase y cuantía de la caución que ha de ser constituida (art. 735.2, párrafo 2 LEC).

### ***B) Recursos contra la resolución***

En cuanto a los recursos contra el auto que resuelva sobre la solicitud de medidas es necesario distinguir varias situaciones.

#### ***a) Auto dictado sin previa audiencia del demandado***

Si el auto es estimatorio de la solicitud no es admisible ningún recurso, sino que el demandado dispone de la posibilidad de oposición (art. 733.2, párrafo segundo LEC).

Si el auto es desestimatorio, el solicitante puede presentar recurso de apelación (art. 736.1 LEC).

*b) Auto dictado con previa audiencia del demandado*

Si el auto es estimatorio es admisible al demandado recurso de apelación, cuya pendencia no suspende los efectos de la resolución que ha decretado la medida cautelar (art. 735.2, párrafo segundo LEC).

Si es desestimatorio el solicitante puede presentar recurso de apelación (art. 736.2 LEC).

Por otra parte, hay que advertir:

1º) Si, de acuerdo con el art. 723.2 LEC, sobre la solicitud hubiera resuelto la Audiencia Provincial, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia o la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, no es admisible recurso de apelación, pero puede interponerse recurso de reposición ante el mismo órgano (art. 451 LEC).

2º) Si las resoluciones son desestimatorias parciales (embargo por menos cantidad que la solicitada, medida menos eficaz que la pedida, medida con caución si se entiende que la caución no es exigible, o con caución más gravosa que la que se estima procedente), ni el recurso del demandado, ni el del solicitante deben ser obstáculo para la actuación de la medida decretada, en su caso previa constitución de la caución establecida, todo ello sin perjuicio de lo que se resuelva en el recurso.

## **18.- EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE ACUERDA UNA MEDIDA CAUTELAR.**

Problema distinto al del alcance que pueden tener las medidas cautelares (qué puede ordenar un juez con eficacia imperativa y en calidad de medida cautelar) es el de qué medios pone el ordenamiento al servicio del juez para imponer el cumplimiento forzoso de aquellas medidas que precisen alguna colaboración del sujeto pasivo.

Medidas de embargo preventivo, de secuestro de bienes, de asientos registrales, pueden ser cumplidas prescindiendo de la voluntad del afectado. Pero las de cesación, suspensión o prohibición provisional de actividades necesitan que el sujeto pasivo pliegue su voluntad a cumplirlas, y, en defecto de ello, unos medios que le compelan a plegarla. En este aspecto la regulación actualmente vigente era totalmente insuficiente.

La LEC resuelve la regulación de los medios para la ejecución de las medidas con unas remisiones específicas para algunas medidas cautelares determinadas (art.738.2 LEC: embargo preventivo, administración judicial, anotaciones preventivas en registros públicos) y con una remisión general a los medios previstos para la ejecución de sentencias (art.738.1 LEC).

En el caso de una resolución cautelar que imponga deberes de no hacer de carácter provisional, la remisión a los medios ejecutivos nos conduce al art.710 LEC, que establece multas coercitivas no para los incumplimientos del deber de abstención, sino del deber de deshacer lo indebidamente hecho, y un tratamiento penal -apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial- frente a la reiteración de los incumplimientos. A mi juicio es más difícil que se acabe por condenar al sujeto pasivo de la medida por un delito de desobediencia, que someterle a multas coercitivas por incumplimientos del deber de abstención.

En todo caso, con carácter previo a cualquier actividad ejecutiva, ha de quedar constituida la caución establecida al concederse la medida (art. 737 LEC).

### **19.- LA OPOSICIÓN A LAS MEDIDAS CAUTELARES. PROCEDIMIENTO DE LA OPOSICIÓN.**

El art. 739 LEC establece que “En los casos en que la medida cautelar se hubiera adoptado sin previa audiencia del demandado podrá éste formular oposición en el plazo de veinte días contados desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares”.

En la demanda de oposición pueden ser admisiblemente alegados cualesquiera hechos y formularse cualesquiera argumentaciones jurídicas conducentes a la revocación de la medida cautelar, a su modificación, comprendida la fijación de una caución de clase y cuantía diferente a la inicialmente establecida. Con la letra del art.740 LEC no parece probable que puedan fijarse limitaciones a la oposición como las que se intentan, con algún éxito, en el Derecho vigente, particularmente respecto al requisito de la apariencia de derecho.

Pueden ser alegados tanto hechos existentes y conocidos en el momento de la primera resolución sobre la medida cautelar, como hechos existentes y conocidos antes de la extinción del plazo para formular oposición (art. 743 LEC), por lo tanto eventualmente posteriores a los que pudieran ser considerados en esa resolución.

De la demanda de oposición se da traslado al actor que hubiera obtenido la medida (art. 741.1 LEC) y señala una vista para la practica de los medios de acreditamiento propuestos, que se celebra con arreglo a las mismas normas que la vista en los casos de audiencia previa (art. 734 LEC).

No está claro si es admisible alegar en la contestación nuevos fundamentos para mantener las medidas. En principio no es razonable que se admitan, pero la cuestión es más problemática si no puede excluirse con seguridad que el sujeto pasivo de la medida cautelar pueda oponerse haciendo valer hechos posteriores a la resolución sobre las medidas. Si, como hemos visto, esta oposición es admisible, por el principio de igualdad, el solicitante

no debe quedar limitado a defender la medida con los fundamentos preexistentes a su concesión, sino que puede alegar nuevos fundamentos posteriores a la resolución sobre la medida.

## **20.- NUEVA RESOLUCIÓN SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES POR NOVEDAD DE HECHOS Y DE CIRCUNSTANCIAS.**

La LEC establece un tratamiento general y expreso acerca de la variabilidad de las resoluciones sobre tutela cautelar. La cuestión es la siguiente: una vez dictada resolución firme sobre una medida cautelar de cierto proceso principal, concediéndola o denegándola ¿puede obtenerse una nueva resolución sobre la medida respecto al mismo proceso principal?

Es necesario distinguir dos supuestos.

### ***A) Nueva resolución en caso de precedente desestimación de medidas solicitadas***

Si la resolución es desestimatoria precluye para el actor la posibilidad de obtener medidas cautelares en relación a un determinado proceso principal. Sólo podrá solicitarlas de nuevo “si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición” (art.736.2 LEC). La nueva solicitud de medidas habrá de fundarse en circunstancias nuevas y posteriores a las concurrentes en el momento de la primera petición.

Interpretada literalmente esta disposición no admite una nueva petición si las circunstancias no son nuevas, sino simplemente descubiertas después de la formulación de la primera petición. La interpretación sistemática con otras disposiciones relativas a las excepciones a la preclusión en materia de tutela cautelar (arts. 730.4 y 743, párrafo segundo LEC) conduce a entender que también están exceptuadas de la preclusión las circunstancias desconocidas.

Otra cuestión es la de si nuevas circunstancias podría significar simples nuevos medios de acreditamiento respecto a hechos tal vez ya existentes en el momento de la primera petición. Teoría y práctica habían puesto de manifiesto la importancia de esta cuestión y el interés de una clarificación legal. La Ley de propiedad intelectual había reconocido ya que “el solicitante podrá reiterar la petición de medidas cautelares siempre que aparezcan hechos nuevos relativos a la infracción u obtuviere pruebas de las que hubiese carecido anteriormente” (art.137.6ª, ahora derogado por la LEC). La nueva LEC sigue sin dar una respuesta expresa.

Una respuesta afirmativa podría basarse en el argumento de que si el tratamiento de la tutela cautelar es considerado como un incidente del proceso principal, las excepciones a la preclusión correspondientes al incidente cautelar, pueden interpretarse de modo coherente



con las excepciones a la preclusión en el proceso principal, y estas permiten aportar tanto los documentos nuevos como los descubiertos (arts. 270, 271.1 LEC).

***B) Nueva resolución en caso de precedente estimación de la petición de medidas***

El art.743 LEC introduce una regulación general respecto a la que se plantean tres grandes problemas: la adecuada definición de la preclusión de las posibilidades de obtener el alzamiento de las medidas, si la revisión puede tener por objeto no sólo el alzamiento sino también la modificación de la medida y, en fin, cuál es el procedimiento para la revisión.

a) Firme la resolución que concede una medida cautelar (por preclusión del plazo para formular oposición, por desestimación de la oposición y preclusión o agotamiento de las posibilidades de recurso) las medidas cautelares pueden ser modificadas “alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas” (art.743, párrafo primero LEC).

Pueden entenderse incluidos tanto los hechos y las circunstancias ocurridos con posterioridad a los puntos de referencia temporales indicados en el artículo, como aquellos de los que el demandado sólo ha tenido conocimiento con posterioridad a esos momentos -razón por la cual no pudieron ser tenidos en cuenta-.

Sobre si la referencia a las circunstancias, como algo distinto a los hechos, comprende los medios de acreditamiento nuevos o descubiertos, véase lo dicho antes.

b) La petición de modificación de medidas cautelares acordadas mediante resolución firme no sólo puede ser solicitada por el sujeto pasivo de la medida cautelar y con la pretensión de alzamiento de la misma. El art. 743 LEC no limita la legitimación para pedir la revisión. La parte que ha obtenido una medida cautelar puede tener interés legítimo en hacerla más rigurosa en atención a un cambio de “hechos y circunstancias”. A tal efecto, el camino no es inequívocamente el de una nueva petición de medida cautelar, tanto más desde el momento en que la LEC no considera los diversos grados de onerosidad de una medida para el demandado como medidas diferentes, sino como variaciones respecto a una misma solicitud de tutela cautelar (véase apartado 17).

c) Para el tratamiento de las peticiones de modificación de medidas el art. 743 , párrafo tercero LEC remite al régimen de la vista sobre solicitud de medidas previsto en el art.734. Esta remisión expresa dificultará que pueda defenderse la interpretación de que las peticiones de modificación en un sentido más gravoso para el sujeto pasivo, puede ser necesario resolverlas -en los mismos supuestos que una petición inicial- sin previa audiencia del demandado.

## **21.- RELACIONES ENTRE EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR Y EL PROCESO PRINCIPAL. ADMISIBILIDAD DE MEDIDAS PREVIAS AL PROCESO PRINCIPAL.**

La LEC ha hecho más rigurosa la incidencia de la instrumentalidad sobre la relación entre adopción de medidas cautelares e inicio del proceso principal y ha restringido la admisión de medidas previas únicamente al supuesto de que concurran “razones de urgencia y necesidad” (art. 730.2, párrafo primero LEC), lo cual es una novedad en nuestro Derecho, porque una cosa es que la *ratio* de la norma de admisión de la adopción previa sea la conveniencia de una acción urgente y otra que la verificación concreta de la urgencia condicione la admisión.

La instrumentalidad impone, en este caso, la presentación de la demanda dentro de los veinte días siguientes a la adopción de las medidas (art. 730.2, párrafo segundo LEC). Por adopción ha de entenderse concesión de las medidas, no ejecución de las mismas. Más exactamente el plazo debería transcurrir desde el día siguiente a la notificación del auto (art. 133.1 LEC).

Los requisitos para que se mantenga una medida cautelar adoptada previamente al proceso principal son:

1.º) Presentación de la demanda principal en la que se interponga una pretensión procesal que se corresponda con la situación jurídica cautelable que se alegó para obtener la medida previa.

2.º) Admisión de la demanda del proceso principal, aunque la fecha relevante para entender cumplido en plazo el requisito anterior es la de presentación, a la que se retrotraen los efectos de la admisión posterior (como en la litispendencia -art. 410 LEC-).

3.º) Presentación en el plazo legal de veinte días. De acuerdo con la regla general del art. 134.2 LEC el plazo puede ser interrumpido si la fuerza mayor impide cumplirlo y se reanuda su cómputo cuando esta cese.

Respecto al tratamiento procesal de este supuesto de extinción de la medida cautelar baste decir que la extinción no depende de la instancia del sujeto pasivo, sino que debe producirse por el incumplimiento de los anteriores requisitos. Constatado ese incumplimiento el tribunal acuerda de oficio la revocación de la medida y de sus actos de cumplimiento (art. 730.2, párrafo tercero LEC).

## **22.- CONSECUENCIAS DE LA PARALIZACIÓN DEL PROCESO PRINCIPAL SOBRE LA TUTELA CAUTELAR.**

Según el art. 731.1, párrafo segundo LEC: “Tampoco podrá mantenerse una medida cautelar si el proceso quedare en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida”.

Este supuesto no concurre, por ejemplo, en los casos de suspensión por cuestiones prejudiciales (arts. 40, 42 y 43 LEC), aunque la suspensión haya sido pedida por el solicitante de la medida. En este caso la causa de la suspensión es la cuestión prejudicial cuya incidencia en el proceso principal ha sido apreciada por el juez.

El caso más frecuente de concurrencia de este supuesto de extinción será el de suspensión del proceso por acuerdo de las partes (arts. 19.4 y 179.2 LEC). Téngase en cuenta, por otra parte, que como cada parte puede reanudar el proceso con un acto unilateral, la simple omisión de ese acto por la parte solicitante de la medida determina que la suspensión le sea imputable.

### **23.- CONSECUENCIAS SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE LA TERMINACIÓN DEL PROCESO PRINCIPAL.**

Hay que distinguir según la resolución que ponga fin al proceso principal no haya adquirido aún firmeza y que haya ya adquirido esa calidad.

#### ***A) Resolución de terminación del proceso principal no firme***

Si la resolución no firme que termina el proceso principal es una sentencia absolutoria del demandado, el tribunal ordenará el inmediato alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, salvo que el recurrente solicite su mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta; sobre esa petición será oída la parte contraria y, en todo caso previo aumento de la caución, podrán acordarse nuevas medidas o mantenerse las adoptadas. (art. 744 LEC). A pesar de lo dispuesto en art. 723 LEC, la competencia para resolver esto la tiene el tribunal *a quo*.

Si, por el contrario, se tratara de una sentencia estimatoria de la demanda (o resolución equivalente: transacción judicial), la medida sólo habrá de ser alzada si, a petición del vencedor, se hubiera despachado la ejecución provisional y la medida guardara relación con los pronunciamientos que se ejecutan (art. 731.2 LEC). La mera posibilidad de instar la ejecución provisional no es causa para el alzamiento de la medida, porque esa modalidad de ejecución es una facultad para la parte procesal favorecida por la sentencia, e incluso si una vez instada queda en suspenso por alguna razón las medidas cautelares subsisten (art. 530.2, al final LEC).

#### ***B) Resolución de terminación del proceso principal firme***

El art. 745 LEC se refiere a los supuestos de terminación con sentencia absolutoria o por renuncia o desistimiento, y dispone que las medidas serán alzadas de oficio. Los supuestos ha de ser completados por todos los demás en los que el proceso termina sin estimación de la pretensión (satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto, diversos supuestos con ocasión de la audiencia previa o actividad procesal similar en el juicio verbal, caducidad del procedimiento en la primera instancia).

Si el proceso ha terminado por sentencia estimatoria de la pretensión la LEC establece una mínima regulación específica de la doctrinalmente conocida como “conversión de las medidas cautelares en medidas ejecutivas”. Según el art. 731.1 LEC las medidas sólo serán alzadas, en ese caso, si en el plazo de veinte días desde la notificación al ejecutado del acto que constituye título ejecutivo, el ejecutante no hubiera solicitado la ejecución. Es decir, el mantenimiento de las medidas no depende de la simple disponibilidad de un título ejecutivo, sino de la presentación de la demanda ejecutiva en plazo determinado.

Por otra parte, como el artículo citado equipara a las sentencias condenatorias “los autos equivalentes” se aclara la situación en que quedan las medidas cautelares si el proceso termina por transacción judicial. Es evidente que el proceso no termina con sentencia estimatoria de la demanda, pero la transacción judicial es título de ejecución, por lo que está justificado mantener las medidas.

## **24.- MEDIDAS CAUTELARES INSTRUMENTALES DE UN PROCESO EXTRANJERO Y DE UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL.**

### ***A) Medidas instrumentales de un proceso extranjero***

Presupuesto que pueden ser solicitadas medidas cautelares instrumentales de un proceso principal pendiente ante tribunales extranjeros (art. 722, párrafo segundo LEC) los principales problemas se refieren a aquella parte del régimen de la actividad procesal cautelar que versa sobre las relaciones de ésta con el proceso principal, es decir, sobre las consecuencias de la instrumentalidad. Las normas que rigen las consecuencias de la instrumentalidad, cuyos contenidos se establecen en contemplación de un proceso principal ante el mismo tribunal que ha dictado la medida cautelar o ante otro del mismo Estado, habrán de ser interpretadas de un modo que no se impida o frustre el efecto útil de aquella previsión de los tratados y de la ley.

Para ello es conveniente que se prevean normas internas de adaptación. La LEC se limita a establecer la posibilidad de petición de medidas cautelares ante un tribunal español por quien acredite ser parte en proceso pendiente ante tribunales extranjeros (art. 722, párrafo segundo) y la competencia territorial interna para el caso citado (art. 724, párrafo segundo). Sin embargo, no deja claro si estas medidas pueden ser obtenidas antes de la presentación de la demanda (el art. 722, párrafo segundo, sólo se refiere a las medidas que solicite quien acredite ser ya parte), y, en cualquier caso, omite prever aspectos importantes como la carga de presentar la demanda principal en caso de medidas previas.

### ***B) Medidas instrumentales de un arbitraje***

Similares problemas se suscitan si las medidas cautelares son instrumentales de un arbitraje.

Destaco de entre ellos el problema del mantenimiento de medidas cautelares obtenidas antes de la iniciación del procedimiento arbitral.

El art. 730.3 LEC resuelve dos supuestos: “El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral”. Para su interpretación correcta hay que puntualizar: si tales actuaciones son desestimadas, de modo que no puede realizarse el procedimiento arbitral (art. 38.2 Ley de Arbitraje), las medidas deberán ser alzadas si no se presenta demanda; tales actuaciones habrán de haber sido iniciadas dentro del plazo de veinte días.

Pero, si los árbitros han sido designados directamente por las partes en el convenio, la no extinción de las medidas ¿depende de que el nombramiento haya sido comunicado en el plazo de veinte días o es necesario que la aceptación -que determina el inicio del procedimiento arbitral (art. 22.1 Ley de Arbitraje)- se haya producido dentro de ese plazo?

## **25.- EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD POR LA TUTELA CAUTELAR.**

La tutela cautelar es dispensada por los tribunales bajo la responsabilidad del solicitante de la misma (art. 721.1 LEC).

En el apartado 5 ya fue objeto de estudio que, por regla general, la ley no considera suficiente la ordinaria responsabilidad del patrimonio, sino que impone una garantía patrimonial concreta y específica para el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida a la indemnización de daños y perjuicios causados por la misma cuando, por diversas razones, no ha servido al fin para el que la norma la establece (se trata del presupuesto de la caución).

Ahora corresponde tratar de las normas que rigen la atribución de esa responsabilidad y del procedimiento para declararla.

### ***A) Responsabilidad objetiva o responsabilidad por culpa***

Resumidamente las normas rectoras de la responsabilidad son:

1ª) En caso de extinción de las medidas previas por falta de presentación de la demanda en el plazo de veinte días el art.730.2, párrafo tercero establece expresamente una responsabilidad objetiva.

2ª) En caso de revocación o modificación de las medidas por éxito de la oposición el art.741.2, párrafo tercero establece también una responsabilidad objetiva. Esta responsabilidad

es inadecuada para los supuestos de acumulación a la oposición (art. 740, párrafo segundo LEC) de la petición de sustitución de la medida por caución, siendo la oposición rechazada y la petición de enervamiento estimada.

3ª) En caso de revocación por no estimación de la demanda principal el art.745 LEC remite al trámite para liquidar la deuda por responsabilidad del art.742 LEC, pero no establece -ni por disposición directa, ni por remisión al art. 741 LEC- si la responsabilidad es objetiva o por culpa. La duda se incrementa por la mención expresa de los casos de terminación por renuncia y desistimiento en los que la responsabilidad objetiva es más adecuada que en otros supuestos de no estimación de la demanda principal.

4ª) En fin, falta norma expresa en los casos de revisión por cambio de circunstancias.

En caso de duda sobre el régimen de la responsabilidad, el régimen residual es el de la responsabilidad por culpa con base en el art. 1902 del Código Civil.

### ***B) Procedimiento para la declaración de la responsabilidad***

En cuanto al cauce procesal para que se declaren y ejecuten las consecuencias de la responsabilidad hay que evitar que deba serlo un proceso ordinario distinto del proceso al que estaba vinculada la medida cautelar. La mejor solución es un procedimiento incidental del proceso principal. Es la solución por la que opta la LEC, que remite al procedimiento para liquidación de daños y perjuicios regulado en los arts. 712 y siguientes.

Este procedimiento no sólo se aplica si las medidas son alzadas por estimación de la oposición (art. 742 LEC), sino también en otros supuestos de alzamiento, en unos casos por expresa remisión (así art.745 LEC), en los demás casos (alzamiento de medidas previas por falta de presentación temporánea de la demanda, por nuevas circunstancias, por falta de petición de ejecución) por analogía.