



universidad
de león



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2019/2020**

**LOSPRESUPUESTOS PROCESALES
DE LAS MEDIDAS CAUTELARES
ENEL ORDENCIVIL
PROCEDURAL BUDGETS IN CIVIL
ORDERPRECAUTIONRY MEASURES
GRADO EN DERECHO**

AUTORA: DOÑAMARTA GUTIÉRREZ MARTÍNEZ

TUTOR: PROF. DR. PEDRO ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN

Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía.

Séneca.

El tiempo para obtener la razón no puede convertirse en un daño para quién la
tiene.

Chiovenda.

Contenido

ABREVIATURAS UTILIZADAS	5
RESUMEN.....	6
PALABRAS CLAVE	6
KEY WORDS.....	6
ABSTRACT	6
METODOLOGÍA	8
OBJETO	10
1.- INTRODUCCIÓN	11
1.1. DIFERENCIAS EN LA INSTITUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES RESPECTO DE LAS ANTERIORES LEYES DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y LA VIGENTE LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.....	11
1.2. ANCLAJE CONSTITUCIONAL	14
1.3. PRINCIPIOS QUE RIGEN DENTRO DEL PROCESO	17
2.- CARACTERÍSTICAS	18
2.1. AUTONOMÍA E INSTRUMENTALIDAD.....	18
2.2. ANTICIPACIÓN DE LA EJECUCIÓN.....	24
2.3. JURISDICCIONALIDAD	25
2.4. INICIATIVA DE PARTE.....	26
2.5. PROVISIONALIDAD Y TEMPORALIDAD.....	27
2.6. PROPORCIONALIDAD Y MENOR ONEROSIDAD	29
2.7. VARIABILIDAD	30
2.8. HOMOGENEIDAD CON LAS MEDIDAS EJECUTIVAS:.....	31
3.- PRESUPUESTOS PROCESALES	32
3.1. APARIENCIA DE BUEN DERECHO	34
3.1.1. Referencia histórica y definición.....	34
3.1.2. ¿Debemos considerar al <i>fumus boni iuris</i> como un juicio de probabilidad o de apariencia?.....	35
a) Juicio de probabilidad	35
b) Juicio de apariencia.....	36
c) Unión de ambas posiciones doctrinales.	37
3.1.3. Cuestiones a valorar por el Tribunal.....	40
a) Medios de convicción.....	40
b) Requisitos para la concurrencia del <i>fumus boni iuris</i>	41
3.1.4. Controversia doctrinal sobre la imparcialidad en su adopción.....	42

3.2. PELIGRO EN LA MORA	43
3.2.1. Definición de un concepto jurídico indeterminado.....	43
3.2.2. Tipos de <i>periculum in mora</i>	45
3.3.3. ¿Podemos considerar el <i>periculum</i> como un fundamento o como un presupuesto?	46
3.3.4. Requisitos para la concurrencia del <i>periculum</i>	47
3.3.5. Tipos de peligro según Calamandrei.....	48
3.3.6. Clases de riesgos y carga de la prueba.	49
3.3. CAUCIÓN.....	54
3.3.1. Concepto.....	54
3.3.2. Naturaleza jurídica de la caución.	56
3.3.3. Ofrecimiento y prestación de la caución.	59
3.3.4. ¿Cabe la subsanación de la falta de ofrecimiento de caución?.....	61
3.3.5. Finalidad de la caución.....	63
3.3.6. Caución sustitutoria.	64
CONCLUSIONES	66
BIBLIOGRAFÍA	71
JURISPRUDENCIA:	77

ABREVIATURAS UTILIZADAS

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

CE: Constitución Española

CC: Código Civil

Op., cit.: Obra citada

Ss.: Siguietes

Art: Artículo

AP: Audiencia Provincial

Págs.: Páginas

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

LAJ: Letrado de la Administración de Justicia

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

VOL: Volumen

OJ: Ordenamiento Jurídico

LH: Ley Hipotecaria

Nº: Número

RESUMEN

El presente trabajo analiza los presupuestos procesales que se consideran esenciales en el Derecho Procesal Civil. Para ello comienza en primer lugar, haciendo referencia a los aspectos más globales de las medidas cautelares en el Derecho procesal civil español como son, el concepto, su finalidad y sus características principales, desde la perspectiva de varios autores, para situarnos en el contexto que se va a desarrollar, a lo largo del mismo.

En segundo lugar, estudiará con mayor profundidad los presupuestos de apariencia de buen derecho, peligro en la mora procesal y caución, desde las diferentes posturas doctrinales, dándole especial importancia también a los criterios jurisprudenciales utilizados por los tribunales respecto al fallo definitivo de la sentencia, a cerca de, adoptar o no la medida cautelar que se esté solicitando. Ofreciendo finalmente las conclusiones sobre lo anteriormente expuesto.

PALABRAS CLAVE

Derecho procesal civil, medidas cautelares, demandado, presupuestos procesales, Tutela judicial efectiva.

KEY WORDS

Civil procedural law, Precautionary measures, defendant, procedural budgets, Effective judicial protection.

ABSTRACT

The present work analyzes the procedural budgets that are considered essential in Civil Procedural Law. It begins first, referring to the more global aspects of precautionary measures in Spanish civil procedural Law, such as the concept, its purpose and its main characteristics from the perspective of various authors, in order to situate ourselves in the context of this research.

Secondly, it will study in more depth, the assumptions of appearance of good law, danger in the procedural delay and bond, from the different doctrinal positions, giving special importance also to the jurisprudential criteria used by the courts

regarding the final decision of the sentence, about, to adopt or not the precautionary measure that is being requested. Finally it will expose the conclusions about what was mentioned above.

METODOLOGÍA

Elección del tutor y tema: para comenzar debemos referirnos a inicio del trabajo, dónde se realiza la elección del tutor y el tema que se desarrollará a lo largo del mismo, decantándome finalmente por Derecho Procesal Civil, ya que considero que se trata de una de las materias que suscitaron mayor interés en mi durante el desarrollo del Grado en Derecho.

En primer lugar, todos los alumnos fuimos convocados a una reunión para así decantarnos por un tutor mediante un orden en función de la nota media de cada uno, y de este modo pasar a la elección del tema que mayor interés nos pudiera suscitar junto con este, dentro del plazo que se nos otorgaba para ello. En mi caso fue una tarea un tanto complicada, puesto que en un principio algunos de los temas que me interesaban ya estaban seleccionados por otros alumnos del curso, hasta que finalmente me decanté por este tema.

Estructuración del trabajo y redacción del índice: posteriormente se dio paso a la búsqueda y recopilación de todo tipo de material que pudiera resultar de interés para el tema elegido finalmente, como manuales, libros, monografías, artículos de revista y jurisprudencia y con todo ello, se realizó un índice con el que poder trabajar a lo largo del desarrollo del mismo.

En el primer bloque se hace un análisis del concepto y la finalidad de las medidas cautelares en el sistema civil español, tratando también de hacer cierta comparación con la regulación que recogía la ley anterior sobre las mismas, lo cual se encuentra dentro de la introducción del trabajo.

El segundo bloque contiene una recopilación de las diferentes características que presentan las medidas cautelares.

El tercer bloque señala los diferentes presupuestos procesales que se consideran esenciales para la adopción de la medida solicitada en el proceso como son: el *fumusboni iuris*, *periculum in mora* y la prestación de la caución. Examinando dentro de estos apartados la jurisprudencia existente y el examen realizado por tribunales a la hora de observar si se da la concurrencia o no de dichos presupuestos. Exponiendo mis conclusiones finalmente.

Recopilación de información: una vez realizado el primer paso consistente en la confección de un índice estructurado, lo siguiente que se hizo fue la recopilación de información necesaria, como la lectura de manuales teóricos, tratados, monografías, artículos de revista y otro tipo de publicaciones sobre el tema, para de este modo, obtener toda la información posible para tratar el tema con mayor profundidad, y poder dar comienzo a la redacción del tema. Para ahondar más en las cuestiones más relevantes, se hizo un análisis de todo tipo de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, extrayéndola principalmente de las bases de datos de Aranzadi, La Ley y CENDOJ (Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial).

Supervisión del trabajo: para finalizar debemos señalar que gran parte de mi trabajo ha sido marcado por mi tutor, quién ha supervisado el mismo, ya que se pautaron unas fechas para ello y para la entrega del mismo. En primer lugar, se definió una fecha para la entrega de la redacción de un índice y de la bibliografía, después para la entrega del primer capítulo, y otra para entregar la totalidad del trabajo, dónde se incluían el resto de partes obligatorias que debían constar en este y que se encontraban detalladas en el reglamento de trabajos de fin de grado de la universidad, para además de este modo poder corregir todos los errores existentes en el mismo.

OBJETO

El presente trabajo tiene como finalidad el análisis de los presupuestos procesales que deben mediar en las medidas cautelares dentro del orden civil español, para que se pueda llegar al efectivo otorgamiento por parte del Tribunal competente, de la pretensión cautelar del demandante en el proceso principal. Para poder abordar el tema que nos concierne, el trabajo se ha dividido en diversos apartados que versan sobre los aspectos más importantes en dicha materia, analizado por multiplicidad de autores de gran calado.

En un primer apartado se recoge el concepto y finalidad que tienen las medidas cautelares, ya que para llegar a un entendimiento del significado que tienen los presupuestos procesales, primero debemos entender el de la institución en la que se encuentran. Debemos tener en cuenta que con la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 las medidas cautelares no estaban reguladas con la misma concreción con la que lo están en la actualidad, por tanto, era acuciante que en la ley del 2000 esto se regulara con mayor exactitud, ya que lo que está en juego, son los intereses de las partes en el proceso. Finalmente, también hablamos en este apartado sobre los principios que deben regir en el proceso para que este se pueda desarrollar de forma efectiva.

En el segundo y tercer apartado, se hace mención a las características y los presupuestos procesales que son esenciales para que pueda otorgarse una medida cautelar, ya que sin la existencia de los mismos esto no podría llevarse a cabo.

1.- INTRODUCCIÓN

1.1. DIFERENCIAS EN LA INSTITUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES RESPECTO DE LAS ANTERIORES LEYES DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y LA VIGENTE LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Para dar comienzo a un análisis pormenorizado de las medidas cautelares, en primer lugar, debemos analizar cómo se ha llegado a su regulación actual. Desde la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹, se han llevado a cabo diversas reformas de la misma, puesto que se consideraba que era en gran parte difusa y desordenada, ya que, entre otros aspectos, no contenía una regulación unitaria sobre esta institución. Es por ello que, se produjo una reforma de esta ley en el año 1984, pasando posteriormente a la reforma en el año 2000 para dar lugar a la actual Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000², dónde definitivamente se resolvió este problemadotando de un tratamiento general a las medidas cautelares³ dentro del Libro III, Título IV, que contiene un

¹CACHÓN CADENAS, Manuel. *El embargo*. Bosch, Barcelona, 1991. Pág. 16. El mismo hace alusión a que, aunque no es fácil reunir en un solo cuerpo legal la regulación de dichas medidas, sí que es cierto que en la anterior ley existían diversos factores que había que mejorar, ya que es absurdo que muchos de los tipos específicos de medidas existentes, como es en este caso el embargo, debieran ser buscados en su gran mayoría en disposiciones que eran ajenas a la LEC.

²La actual Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contiene muchos aspectos de los ya existentes dentro de la anterior ley de 1881, pero con importantes reformas que han logrado una gran simplificación procedimental. Indica OSORIO ACOSTA, Ezequiel. Requisitos de las medidas cautelares, en: OSORIO ACOSTA, Ezequiel, PÉREZ VALLESPÍN, David. *Las medidas cautelares en el proceso civil español*. Juruá, Lisboa, 2013-2014, pág. 16, que en lo que respecta a la reforma de las medidas cautelares, lo que se ha tratado de hacer con esta regulación actual de la ley, es una sistematización del régimen de medidas cautelares en nuestro proceso, para así dotarle de coherencia y unidad. Lo que entendemos ha supuesto un importante impulso en el desarrollo de la cultura cautelar, sirviendo esto, para paliar los problemas de la justicia secularmente lenta. Aunque cabe mencionar, que esta sistematización no ha satisfecho a todos, en especial a las personas que abogan por un sistema cautelar independiente y autónomo, de los procesos declarativos y de ejecución. PÉREZ GAIPO, Julio. *El debido proceso cautelar: nuevas tendencias en la tutela cautelar*. Civitas, Madrid, 2019, pág. 19, indica el gran avance que supuso la redacción de esta nueva ley respecto de la precariedad legislativa, jurisprudencial y, en algunos aspectos, dogmática de las medidas cautelares existente en la ley anterior; destacando que a esta urgente necesidad de reforma de la ley, para hacer una regulación más amplia y progresiva sobre las medidas cautelares, se anticipó la legislación administrativa con la (Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741) reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa).

³ Cabe destacar la opinión de ASECIO MELLADO, José María. “Medidas cautelares. Ajustarse a los tiempos”. *Revista Práctica de Tribunales*. Nº 95 julio-agosto 2012. Págs. 4-5. Para el mismo, por mucho que la reforma realizada con la Ley 1/2000 recogiera una normativa mucho más clara, sigue siendo costoso en el procedimiento civil español, llegar a la consecución de una medida cautelar; hasta el punto en que es mucho más sencillo conseguir medidas cautelares dentro del derecho penal, que dentro del proceso civil. Esto es así, puesto que, a pesar de todo, sigue existiendo una mentalidad arraigada a la legislación anterior, donde sigue habiendo una confusión en el fondo del asunto, llegando en multitud de ocasiones a la consecución de un fallo anticipado, que en multiplicidad de casos poco se va a distinguir de la sentencia que finalmente se adopte en el caso.

catálogo del tratamiento procesal en esta materia, mediante una regulación genérica que intenta abarcar todas las cuestiones que suscite dicha materia en su aplicación práctica⁴.

Para continuar con el desarrollo de esta institución procesal, debemos destacar que esta materia se encuentra inmersa dentro del proceso civil⁵. En todo proceso, existe una pretensión que se instaura dentro del mismo como el objeto que ha de resolverse en su transcurso, debido a ello, el proceso civil es un proceso jurisdiccional que trata de alcanzar una solución irrevocable a un conflicto planteado sobre una cuestión de índole civil y así otorgar la tutela dentro del derecho privado a los sujetos que se encuentran inmersos dentro de este. Como bien señala PÉREZ GAIPO el proceso debe entenderse desde una perspectiva neogarantista razonable, es decir, como un conjunto de garantías constitucionales, a través de las cuales se determina la ley, de un modo irrevocable y definitivo, resolviendo el concreto conflicto que se está desarrollando, dándole una solución racional, objetiva y razonable al mismo tiempo. Deberá desarrollarse siguiendo una serie de normas que respeten y aseguren cada uno de los derechos de los afectados, de tal forma que sea desarrollado configurándose como una garantía de la justicia de la solución material que se ofrece al conflicto concreto⁶.

Comenta TORRES ROSELL que tras la entrada en vigor de la nueva ley en el año 2000, será necesario para la solicitud de una medida cautelar, que esta vaya acompañada de una justificación cumplida preferible, pero no necesariamente de carácter documental. A pesar de ello, permanecerán vigentes dos situaciones

⁴https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbF1jTAAAUNjI3MztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA9xEBzzUAAAA=WKE (consultado a fecha de 5 de agosto de 2020).

Aunque la nueva LEC regulara de forma más ordenada las medidas cautelares, cierto es que, no todas se acuerdan conforme a lo dispuesto en este título, además de quedar subsistentes algunas medidas cautelares de lees extravagantes, existen medidas cautelares especiales dentro de la propia LEC. FERNÁNDEZ- BALLESTEROS, Miguel Ángel, *De las medidas cautelares: disposiciones generales. Capítulo I*, en: FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel; RIFÁ SOLER, JOSÉ MARÍA; VALLS COMBAU, JOSÉ FRANCISCO, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. Tomo III*. Atelier, Barcelona, 2000. Pág. 3224.

⁵Señala HERCE QUEMADA, Vicente: “El proceso cautelar”. *Revista de Derecho Procesal*, 1966, IV, pág. 11, que el proceso civil es aquel que sirve a la conservación y actuación del derecho privado por medio de la declaración, ejecución y aseguramiento de las relaciones jurídicas y derechos subjetivos de carácter privado.

⁶PÉREZ GAIPO, Julio. *El debido proceso cautelar: nuevas tendencias en la tutela cautelar...* op., cit. pág. 24. Dicha idea debe proyectarse sobre todas las formas que presenta la tutela jurisdiccional, incluyendo la tutela cautelar.

diferentes, una en la que no será necesaria la justificación cumplida y otra en la que será necesaria la justificación documental⁷.

Señala a continuación que la reforma de esta ley desde el punto de vista de los litigantes en el proceso, resulta ambivalente. Esto es, porque de una parte el solicitante de la medida cautelar obtiene un beneficio al eximirle de la necesidad de acreditar las expectativas de obtención de una sentencia favorable solo a través del principio de prueba escrito⁸; aunque con relación a ciertas medidas concretas resulte perjudicado, puesto que, con la anterior ley de 1881 no se exigía la aportación del *fumusboni iuris*. Desmejorando por otro lado, la posición que tiene el demandado en el proceso, ya que tendrá que soportar la adopción de medidas cautelares en supuestos que, bajo la vigencia de la anterior ley de 1881, no permiten la tutela cautelar, si no se acude al art. 1428 LEC.

Por todo ello ORTELLS RAMOS indica que el régimen cautelar establecido para las medidas cautelares, lo diseñan las leyes ordinarias, destinando para ello, dos tipos de normas con contenidos dispares, pero ambas de naturaleza procesal⁹. Es por esto que encontramos la configuración de dichas medidas dentro de la propia CE donde debemos hacer mención a dos de los artículos más importantes en la materia:

⁷TORRES ROSELL, Nuria. *Las medidas cautelares*. Montecorvo, Madrid, 2001, pág. 53. No será necesaria la justificación cumplida los casos en los que se soliciten medidas para procesos matrimoniales, en filiación e incapacitación (arts. 771, 762 y 768 LEC 2000); la anotación preventiva de demanda cuando no se reclame la propiedad de un bien inmueble (art. 43 LHI) y la anotación de la demanda de impugnación del acuerdo de la sociedad anónima (arts. 121 LSA y 155 RRM). En cambio, será necesario aportar un principio de prueba por escrito cuando se solicite la anotación preventiva de demanda para reclamar la propiedad de un bien inmueble, y cuando se pretenda la adopción de las medidas previstas en la adopción de patentes y marcas.

⁸Como bien señala ASECIO MELLADO, José María.: “*Medidas cautelares y eficacia de la Justicia*” ...op., cit. pág. 2, para que exista una justicia eficaz deben cumplirse sus resoluciones, satisfaciéndose con ello los derechos y los intereses legítimos de las partes litigantes dentro del conflicto. Puesto que, de no ser así, en el caso de que las sentencias firmes se limitasen a constituirse en meras declaraciones sin ningún tipo de trascendencia en la práctica, se debilitara el Estado de Derecho, por cuanto los ciudadanos resolverán sus controversias al margen del proceso, por mecanismos propios, que no en todas las ocasiones son democráticamente admisibles.

⁹ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho procesal civil*. Aranzadi Thompson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2019, pág. 712. Nos indica este que, por un lado, están las normas que rigen la competencia, los especiales requisitos que deben concurrir en cada una de las partes del proceso, o de los actos procesales en general, el procedimiento para la resolución de sobre la adopción de la medida cautelar y su relación con el proceso principal. Por otro lado, nos encontraríamos con normas que rigen la propia tutela jurisdiccional cautelar, es decir, determinan cuales son los presupuestos que debe concurrir para que se pueda adoptar la medida cautelar solicitada, cuyo contenido y efectos también configuran dichas normas. En materia jurisdiccional, cautelar, las normas procesales no se limitan a regular como 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 pretensión interpuesta ante el tribunal.

1.2. ANCLAJE CONSTITUCIONAL.

En primer lugar, el art. 24.1 CE ¹⁰reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que dentro de este también se reconoce el derecho a una tutela judicial cautelar, imponiendo al legislador ordinario que recoja opciones para que los tribunales puedan adoptarlas en los diferentes procesos¹¹; opciones que no pueden limitarse a ciertos derechos, sino que, deben darse para la tutela judicial de cualquier tipo de derechos e intereses legítimos¹². Dentro de este artículo también debemos hacer mención de su apartado 2º, dónde se recoge entre otros aspectos, el derecho a que se desarrolle el proceso sin dilaciones indebidas¹³y con todo tipo de garantías¹⁴. En

¹⁰Destaca CALDERÓN CUADRADO, María Pía.; MARTÍN PASTOR, J.: “Tutela judicial efectiva, derecho de asistencia jurídica gratuita y medidas cautelares (sobre la caución como presupuesto de la tutela cautelar civil y el acceso a la misma de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar)”, *Tribunal de Justicia*, nº 3, 2001, pág.7, que por mucho que la tutela cautelar encuentre dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, esto no significa en absoluto, que el legislador venga obligado a establecer cualquier medida cautelar, o si quiere, todas y cada una de las modalidades posibles. Pero destaca la misma que, si existe un límite, en tanto en cuanto, las medidas establecidas no hicieran frente a realmente a los riesgos de ineffectividad de la eventual sentencia estimatoria, el art. 24 CE, exigiría una previsión legal de nuevas modalidades, que permitieran realmente una tutela efectiva por los jueces y magistrados.

¹¹Respecto de ese derecho a la tutela judicial cautelar, se pronuncia afirmando la STS nº238/1992 de 17 de diciembre de 1992, FJ 3º (RTC 1992/238): “*aunque el art. 24 ce no hace mención directa como tal sobre las medidas cautelares, no puede inferirse que el legislador quede libre de todo límite para ordenar dichas medidas, sin ningún tipo de condicionamiento constitucional*”. La STS nº 218/1994 de 18 de julio de 1994 FJ 3º (RTC 1994/218) señala que: “*La tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso*” OMARZÁBAL SANCHEZ, Guillermo, *De las medidas cautelares, Título VI*, en: OMARZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo; CORDÓN MORENO, Faustino; ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio Javier; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2011. Pág. 738. Señala que para que exista una justicia civil efectiva, tienen que mediar un conjunto de instrumentos encaminados a lograr un acortamiento del tiempo, para que se dé la existencia de sentencias menos alejadas del comienzo del proceso, medidas cautelares más asequibles y eficaces etc.

¹²La STC nº 238/1992 de 17 de diciembre, ECLI:ES:TC:1992:238 recoge: “*La regla del art. 6.2 de la LFMM según la cual no se suspenderá en ningún caso la ejecución del Decreto impugnado, constituye una excepción legal a lo dispuesto en los arts. 122 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, preceptos que regulan, con carácter general, la posible suspensión cautelar por los órganos de dicha jurisdicción del acto administrativo objeto de recurso. La Sala que ha planteado esta cuestión estima que la supresión legal de tal posibilidad pudiera deparar la privación para los recurrentes de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución) y resultar, por ello, inconstitucional...*” “*La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, "efectiva", y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda.... la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso*”.

¹³Lo cual recoge en su fundamento jurídico 4º la STC 39/1995, de 13 de febrero ECLI:ES:TC:1995:39: “*se ha afirmado que el derecho a exigir que las Sentencias se cumplan sin dilaciones indebidas.*”

¹⁴Al respecto se pronuncia la STC nº 324/1994, de 1 de diciembre, ECLI:ES:TC:1994:324 fundamento jurídico 2º, cuando dice: “*se debe establecer una dimensión temporal razonable del procedimiento necesario para resolver y ejecutar lo resuelto...*”

segundo lugar, cabe destacar también el art 117.3 CE, dónde se consagra que la función jurisdiccional consiste en ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado¹⁵, haciendo especial alusión al nexo de unión existente entre las medidas cautelares y la jurisdicción. Dichas funciones se llevan a cabo mediante dos tipos procesales, los cuales son: el proceso declarativo y el proceso de ejecución. Como en multitud de ocasiones el proceso puede sufrir dilaciones indebidas puede que su eficacia no sea la deseada, haciendo inútil la futura resolución que se dicte. Es por ello, que el art. 5 LEC¹⁶, configura la tutela cautelar como una de las clases de tutela jurisdiccional, junto con la tutela declarativa y ejecutiva, existiendo una controversia en cuanto a su denominación dentro del proceso, ya que una parte del sector doctrinal lo denomina proceso cautelar¹⁷, pero parece que lo realmente correcto sería su denominación como medidas cautelares, siendo lo más importante independientemente de su denominación, la finalidad perseguida por dicha institución¹⁸.

¹⁵Argumenta ORTELLS RAMOS, Manuel. *El embargo preventivo*. Librería Bosch, Barcelona, 1984, pág. 17, que, queda demostrado que la satisfacción del objeto de controversia del pleito, puede que no se alcance de un modo completo con los procesos tradicionales declarativo y de ejecución, por lo que aparece la jurisdicción cautelar. Este artículo se queda obsoleto, en tanto en cuanto, no hace alusión a esta tercera jurisdicción, poniendo de manifiesto la vital importancia del desarrollo doctrinal de la materia, que debe andar siempre un paso por delante de la ley.

¹⁶BARONA VILAR, Silvia, *El proceso cautelar...op.*, cit. Pág. 702. El legislador intenta eludir constantemente la expresión proceso cautelar. LORCA NAVARRETE, Antonio María, *De las medidas cautelares, disposiciones generales...op.cit.*, pág. 3812justifica la existencia de la tutela cautelar efectiva, en tanto en cuanto, a través de ella se pretende alcanzar la tutela judicial efectiva.

¹⁷HERCE QUEMADA, Vicente: “*El proceso cautelar*” ... op., cit. pág. 11. Entiende este que la denominación más adecuada sería proceso cautelar, puesto que, no hay razón para postergar al proceso cautelar, convirtiéndolo en “La Cenicienta”, dentro del proceso civil, en general, en parangón con el resto de procesos declarativo y ejecutivo.

¹⁸ LORCA NAVARRETE, Antonio María, *De las medidas cautelares, disposiciones generales*, en: LORCA NAVARRETE, Antonio María; GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente; APARICIO AUÑÓN, Eusebio. *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Lex Nova, Valladolid 2ª Edición, 2000.Páginas 3811 a 3812. Explica el mismo, que independientemente de la controversia doctrinal existente en cuanto a la denominación que ha de recibir dicha institución procesal, lo realmente importante es la finalidad que se persigue con su adopción, y más en concreto, el ejercicio cautelar de la función jurisdiccional integrada en tutela judicial efectiva constitucional del art. 24.1 CE. BARONA VILAR, Silvia, *El proceso cautelar...op.cit.*, pág. 671 y 702, que todos los partidarios de su denominación con la expresión “medidas cautelares”, abogan por la instrumentalidad existente entre estas y el proceso principal, es decir, el nexo de unión existente entre las medidas cautelares con la pretensión objeto del proceso al que sirven. Esta instrumentalidad, se predica en relación con el proceso principal, tanto del proceso declarativo, como del proceso de ejecución. Existiendo otro sector doctrinal, que abogaba por la denominación de proceso cautelar, teniendo este el carácter de autónomo respecto del proceso principal, pese a su carácter instrumental de los procesos de ejecución y declarativo.

Por todo lo expuesto destacando la definición aportada por GARBERÍ LLOBREGAT, cabe entender por medidas cautelares¹⁹ aquellos mecanismos procesales tendentes a garantizar o preordenar la viabilidad o efectividad de los efectos de la cosa juzgada²⁰ que haya de producir la resolución judicial que se pronuncie de manera definitiva sobre el objeto procesal y, como intrínseca finalidad, evitar que cristalice una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)²¹, mediante la adopción judicial preliminar de medidas que de algún modo anticipen provisionalmente aquellas otras medidas que habrán de adoptarse ante la emisión de una resolución definitiva de la controversia que fuese susceptible de ejecución.²²

Por lo tanto, entendemos que se constituye una forma accesoria sobre el proceso principal, siendo una garantía del mismo, cuya finalidad consiste en el efecto asegurativo²³ del cumplimiento de la sentencia que se dicte en proceso declarativo y la

¹⁹SOLER PASCUAL, Luis Antonio: “Medidas cautelares específicas a adoptar por el Juez de lo Mercantil”. *Práctica de Tribunales*, núm.106, enero- febrero 2014, pág. 55. Destaca el mismo que solo debemos entender por medida cautelar a la actuación directa o indirecta sobre bienes y derechos del demandado que sea, a la vez, exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la futura sentencia dictada en el proceso., de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso.

²⁰EIAAP de Santa Cruz de Tenerife n.º. 11/2012 de 26 enero JUR 2012\90710 declara que la finalidad constitucionalmente protegida de las medidas cautelares no es otra que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo.

²¹Debemos reseñar que solo podrá alegarse el recurso de amparo, cuando lo que estemos recurriendo sea un acto u omisión judicial que venga a negar decisivamente la protección procesal de derechos e intereses legítimos cuya tutela se pretende ante los tribunales, como recoge la STC n.º 237/1991, de 12 de diciembre (RTC 1991/237). En cuanto a la jurisprudencia recogida en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se recoge en la STS n.º 12/2000 de 22 de enero del 2000, FJ. 4.º (RJ 2000/60), “*que la finalidad que presentan las medidas cautelares, reside en proteger el derecho de los interesados con carácter preventivo para así evitar el daño que pudiera producirse durante la tramitación del proceso.*”

²²GARBERÍ LLOBREGAT, José (Dir.). Parte general, Medidas Cautelares, en: TORRES FÉRNANDEZ DE SEVILLA, José María y CASERO LINARES, Luis. *Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*. Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2004. Páginas 41 a 42. MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. *Seguridad jurídica y sistema cautelar-teoría de la seguridad jurídica 1- Tomo segundo*. Bosch, Barcelona, 1989. Pág. 134. Considera este autor que de lo que se trata es de conseguir una visión general y armónica, susceptible de conseguir unos principios propios, extraídos del conjunto de reglas, recursos de acción, instituciones y mecanismos cuya finalidad sea la prevención de conflictos y de este modo, preservar la seguridad jurídica dentro de esa esfera. Siendo esto lo que constituiría un *tertiumgenus*, entre el derecho sustantivo y el Derecho Procesal. Existiendo de este modo una zona neutral entre ambos derechos.

²³MONTES, José Luis y MONTES REYES, Amalia, *El sistema de medidas cautelares*. Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1974, pág. 13. Explica este autor que de este efecto asegurativo que presenta la medida cautelar, se deriva que, en principio, de forma solo excepcional, pueda conceptuarse como cautelar una medida que es tendente a innovar una situación de hecho o de derecho,

efectividad por tanto, de la tutela judicial efectiva²⁴ como derecho público que nos otorga nuestro ordenamiento jurídico. Una concepción amplia entiende que las medidas cautelares, son el tercer tipo de actividad jurisdiccional lo que se denominaría un *tertiumgenus*, teniendo que ser las mismas adecuadas²⁵ para lograr la consecución de esta tutela.

1.3. PRINCIPIOS QUE RIGEN DENTRO DEL PROCESO

BARONA VILAR²⁶ nos indica una serie de principios que regirán de forma esencial dentro del proceso que se esté celebrando:

- A) En lo relativo a las partes regirán los principios de dualidad en cuanto al actor que pide la medida cautelar y el demandado (artículo 721 LEC), igualdad ya que ambos constarán de los mismos derechos y obligaciones y contradicción (artículos 733 y 734 LEC).

- B) Relativos al proceso se regirán por los principios de oportunidad y dispositivo²⁷. Se exige instancia de parte para su incoación y el principio de aportación de parte. Normalmente el principio dispositivo lo que logra es que la adopción de las medidas cautelares no se pueda llevar a cabo de oficio, pero existe una excepción contemplada en el art. 721.2 LEC, que recoge la posibilidad de adoptar de oficio una medida cautelar, en los casos en que, se de la existencia de procesos especiales en que así se dispusiere.

- C) Relativos al procedimiento se exigen el predominio de la oralidad excepto el inicio escrito que tiene un trámite característico en el que las partes podrán

antes de que se pronuncie la sentencia sobre ello. Es por tanto que, a su modo de ver, las medidas innovativas solo deben ser consideradas de forma excepcional como cautelares.

²⁴ En cuanto a la jurisprudencia recogida en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se recoge en la STS nº 12/2000 de 22 de enero del 2000, FJ. 4º (RJ 2000/60), “*que la finalidad que presentan las medidas cautelares, reside en proteger el derecho de los interesados con carácter preventivo para así evitar el daño que pudiera producirse durante la tramitación del proceso.*”

²⁵ AAP de Barcelona, nº 115/2007, de 15 de junio JUR 2007/293149.

²⁶ BARONA VILAR, Silvia, *El proceso cautelar...op.*, cit. Págs. 702 a 703.

²⁷ ALONSO SAURA, Mª. Pilar, *Clases de medidas cautelares. Criterios para su adopción. Medidas cautelares sin audiencia previa del demandado*, en: MONTALBÁN AVILÉS, Andrés, *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2004, pág. 35. Indica que las medidas cautelares se rigen por el principio dispositivo debido a que se exige la instancia de parte para poder adoptarlas, y por el principio de aportación de parte.

exponer verbalmente lo que convengan según su derecho, practicar pruebas, efectuar alegaciones sobre el tipo y la cuantía de la caución.

Además, el art. 718.1 LEC configura que podrán adoptarse medidas cautelares siempre que se justifique que, durante la pendencia del proceso, pueden darse situaciones que, de no impedirse con la adopción de medidas cautelares dificultaran o negaran la efectividad de la tutela que se pueda otorgar en la sentencia.

2.- CARACTERÍSTICAS

Dichas características se encuentran reguladas dentro el art. 726 LEC, confundiéndose en reiteradas ocasiones con los elementos que delimitan su naturaleza²⁸. A tenor de lo dispuesto en este artículo, el juez puede acordar actuación, directa o indirecta, que cumpla con las mismas. Sin establecerse en la ley una lista cerrada y tasada de las medidas cautelares que pueden adoptarse, permitiendo al interesado con este criterio, que adopte la que más le convenga en función de la acción que tenga pensado ejercitar en cada caso concreto²⁹. La AAP de Santa Cruz de Tenerife (FJ 2º) nº. 151/2003, de 17 de noviembre JUR 2004/27503 establece que, las medidas cautelares que aparecen reguladas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil dentro de su Libro III, en su Título VI, Capítulos I a V presentan como notas definidoras: a) su sometimiento al principio de rogación; b) el que su objetivo no sea otro que el de asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse; c) el principio de que su adopción debe causar el menor perjuicio para el demandado; d) su carácter provisional; e) su instrumentalidad; f) su temporalidad, y; g) su variabilidad.

2.1. AUTONOMÍA E INSTRUMENTALIDAD

Entiende PÉREZ GAIPO que, para comenzar con el análisis del carácter instrumental, debemos analizar primero el concepto de autonomía en las medidas cautelares, lo que a su parecer puede dividirse en dos conceptos diferentes. Una primera visión, consiste en que la autonomía podría concebirse como una cuestión de carácter conceptual, es decir, si nos podemos referir a la tutela cautelar como una forma diferenciada y propia de la actuación jurisdiccional, con unos principios, caracteres y

²⁸GARBERÍ LLOBREGAT, José (dir.) *Parte general, Medidas cautelares...* op., cit. pág. 97.

²⁹DAMIÁN MORENO, Juan. *Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares*, en: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo II*. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 149. En el caso de haberse establecido esa lista de una forma tasada, se hubiesen limitado en groso modo las opciones del solicitante de la medida cautelar en relación con el tipo de tutela que pretende.

notas particulares que la distinguan del resto de manifestaciones de la tutela cautelar. En segundo lugar, esta cuestión de la autonomía nos llevaría a plantearnos si esta tutela podría ser dependiente o no del proceso principal³⁰.

Pasando a analizar la instrumentalidad, podemos considerar esta como el carácter definidor de las medidas cautelares por excelencia. Existe una primera mención dentro del art. 726.1.1º LEC³¹ que nos dice: *“El tribunal podrá acordar como medida cautelar respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características... ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones que se puedan producir durante la pendency del proceso correspondiente”*

Es en el artículo 731.1 LEC dónde se hace referencia a que las medidas cautelares solo pueden ser instrumentos de otro proceso, es decir, carecen de autonomía propia y por lo tanto están al servicio de un proceso considerado principal³². Como recoge el art. 730.1 LEC las mismas se deben solicitar junto con la demanda principal, de este modo, introducidas las pretensiones del actor en el proceso, junto con los

³⁰PÉREZ GAIPO, Julio. *El debido proceso cautelar...* op., cit. págs. 62-63. Esto es, si nos hallamos ante una forma de tutela judicial autónoma respecto del proceso principal.

³¹ BARONA VILAR, Silvia. *Capítulo I. De las medidas cautelares, disposiciones generales*, en: BARONA VILAR, Silvia, ESCRIBANO MORA, Fernando (Coord.), FERNÁNDEZ SEIJO, José María, FLORS MATÍES, José, GUZMAN FLUJA, Vicente, MARIMÓN DURÁ, María Consuelo, MORENO CATENA, Víctor, OLIVER LÓPEZ, Carlos, SALINAS MOLINA, Fernando, *El Proceso Civil, Volumen VII, Libro III: arts. 614 a 747 inclusive*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs.5995 y 5996. Destaca la autora en el comentario realizado del art. 726.1 LEC, dónde se establece el ámbito maximalista de expansión de la tutela cautelar dentro del proceso civil, que no es otro que las medidas que puedan recaer sobre bienes y derechos del demandado, pudiendo quedar los mismos afectados de forma directa o indirecta por la adopción de una medida cautelar. No consiste únicamente en asegurar el patrimonio del deudor, sino que, también se extiende a la posible afectación de los derechos, que de algún modo pueden verse constreñidos como consecuencia de la necesidad de garantizar algo más que la mera cantidad de patrimonio para garantizar una ejecución de condena, llegando a garantizarse el derecho mismo y no su sustantivo.

³²Son varias las sentencias que se han pronunciado sobre el carácter instrumental que presentan las medidas cautelares como la SAP de Madrid (Sección 28º) sentencia nº 1237/2012 de 13 de julio de 2012 (ECLI: ES: APM: 2012: 12732 A) que deja claro este aspecto cuando dice que: *“la medida cautelar no constituye un fin en sí misma, sino que es un instrumento accesorio del proceso principal que la ley articula para hacer posible que la tutela judicial que en él se preste pueda hacerse efectiva finalmente”*. De igual modo lo expresa ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho procesal civil... op.cit., pág. 713 y 714, cuando señala la instrumentalidad como característica definitoria de las medidas cautelares, ya que, la tutela cautelar no constituye un fin en sí misma, sino que se haya necesariamente vinculada a la futura sentencia que se dictará en el proceso principal al que sirve, por a función de asegurar su efectividad práctica. En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Barcelona nº 405/2004, de 15 de septiembre (JUR 2004/307057): *“como ha puesto de relieve la moderna doctrina procesalista, que la tutela cautelar no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal por la función de asegurar su efectividad práctica...”*

fundamentos y los pedimentos de su demanda, se le solicita al Juez en ese mismo escrito la adopción de medidas cautelares con el fin de asegurar la sentencia definitiva que se dicte en el momento final del proceso³³. Cabe mencionar también que el art. 730.2 LEC recoge que la solicitud de las medidas cautelares también puede realizarse en el momento anterior a la interposición de la demanda ante el Tribunal en los casos donde existan razones de urgencia y necesidad³⁴.

Existe una división doctrinal donde una parte de la doctrina opina que es un carácter esencial de las medidas cautelares, que se encuentra en la misma línea que la temporalidad y el aseguramiento de la efectividad³⁵; y otra parte doctrinal, considera que simplemente se trata de un carácter más de las mismas³⁶. Para los primeros una manifestación de esa instrumentalidad residiría en que la medida cautelar solo pueda adoptarse cuando exista un proceso pendiente³⁷, que esta se extinga cuando el mismo se dé por finalizado y que coincide de forma parcial con los efectos de la sentencia principal³⁸. El segundo sector doctrinal considera que las características de las medidas

³³OSORIO ACOSTA, Ezequiel. *Requisitos de las medidas cautelares...* op., cit. pág. 20. A la vista de lo que se presenta en la demanda por la parte actora, el juez abrirá pieza separada de las medidas cautelares solicitadas, tramitándose estas a la vez que el proceso principal al que sirven, lo que define su carácter instrumental.

³⁴OSORIO ACOSTA, Ezequiel. *Requisitos de las medidas cautelares...* op. cit., pág. 20. Lo que nos lleva a arraigar todavía más la concepción de instrumentalidad que tienen estas medidas, ya que en el caso de no presentarse dicha demanda en el tiempo establecido por la ley estas medidas están condenadas a desaparecer, es decir, no se pueden acordar medidas cautelares que no estén destinadas a servir a una sentencia futura.

³⁵PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Las medidas cautelares en el proceso civil...* op., cit. Pág. 33. Indica que la temporalidad y el aseguramiento de la efectividad, no pueden deducirse de la instrumentalidad, puesto que surge de la finalidad de la medida cautelar

³⁶PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Las medidas cautelares en el proceso civil...* op. cit. Pág. 33. En referencia a lo aportado por ORTELLS RAMOS, Manuel *Derecho Jurisdiccional, tomo II, vol. 2ª*, en: MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO, Librería Bosch, Barcelona, 1989 págs. 260-262. En referencia a esto también se hace mención en CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Las Medidas Cautelares indeterminadas en el proceso Civil*. Civitas, Madrid, 1992. Pág. 33. Junto a la instrumentalidad, otras características aparecen con mayor o menos frecuencia en obras doctrinales, provisionalidad, temporalidad, variabilidad, homogeneidad, pero no identidad con medidas ejecutivas son algunas de ellas, que, sin embargo, no configuran totalmente la institución.

³⁷En este aspecto cabe destacar la opinión de ASECIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Civil. Parte segunda. Ley 1/2000*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001, pág. 16, cuándo define la instrumentalidad como el carácter no autónomo que presentan las medidas cautelares, las cuales se deben adoptar en el seno de un proceso principal o con anterioridad al mismo, pero subordinadas a la iniciación del procedimiento con carácter posterior.

³⁸ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Jurisdiccional, tomo II, vol. 2ª*, en: MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO. Librería Bosch, Barcelona, 1989, págs. 260-262. De lo que se puede deducir de forma clara que el autor se refiere a que todas estas características de las medidas de las medidas cautelares, no están vinculadas por una relación jerárquica, sino que, se encuentran al mismo nivel.

cautelares pueden considerarse en una situación de igualdad, pero dentro de este sector existen dos posiciones. La primera posición sitúa la instrumentalidad dentro de los caracteres de las medidas cautelares, pero añade unas notas que no la califican como, la forma de adoptarla y los presupuestos que deben concurrir para su adopción³⁹. Un segundo grupo de autores sistematiza los diversos elementos y defienden la concurrencia de tres notas peculiares de las medidas cautelares: la instrumentalidad, la temporalidad y el aseguramiento de la ejecución⁴⁰.

Para hablar en profundidad sobre este carácter esencial de la tutela cautelar, debemos hacer mención al autor CALAMANDREI quién otorgó realmente este carácter instrumental a las medidas cautelares, influenciando en gran medida tanto a la doctrina española como a la italiana. La teoría que aportó consiste en que las mismas, no son nunca un fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una resolución definitiva, cuya fructuosidad práctica aseguran preventivamente. Para este autor, las medidas cautelares podrían considerarse como el instrumento del instrumento⁴¹. La tutela cautelar, es respecto al derecho sustancial, una tutela mediata, puesto que, más que para hacer justicia sirve para garantizar su eficaz funcionamiento⁴².

En un inicio se refería a la tutela cautelar como una forma de tutela autónoma, pero fue variando su teoría con posterioridad llegando a la conclusión final de que son

³⁹Entre los autores más destacados de esta teoría doctrinal, podemos destacar a DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos. *Nueva enciclopedia Jurídica Seix, voz. Aseguramiento de bienes litigioso*. Seix Barral, Barcelona, 1951, págs. 33 y ss. Este señala como característica fundamental de las medidas cautelares el ser procesos que actúan medita, urgente y provisionalmente el derecho objetivo, basados en el *periculum in mora*...siendo sus condiciones más importantes las siguientes: jurisdiccionalidad, *periculum in mora*, provisoriedad, sumariedad e instrumentalidad.

⁴⁰ Cabe mencionar a SERRA DOMÍNGUEZ. *Teoría General de las Medidas Cautelares*, en: RAMOS MENDEZ, Francisco, *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Industrias gráficas M. Pareja. Barcelona, 1974. pág. 16. La medida cautelar es provisional, pero existen actos procesales provisionales, del que es típico ejemplo la ejecución provisional, que no son cautelares.

⁴¹CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires, pág. 21. Refiriéndose al proceso declarativo y de ejecución, ya que su función es garantizar la eficacia de los mismos. De acuerdo con esta definición está BARONA VILAR, Silvia, *El proceso cautelar*...op.cit., pág.707, cuando expresa que las medidas cautelares son exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia condenatoria. Aludiendo finalmente a lo expresado por CALAMANDREI, cuando dice que son instrumentos del instrumento.

⁴²ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*. La Ley, Madrid, 2000. pág. 38. Señala que si todas las resoluciones jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las resoluciones cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada o elevada al cuadrado.

inmediatamente instrumentales⁴³ respecto del derecho que hace valer el actor, y que no son instrumentales respecto de la sentencia definitiva que se ordene⁴⁴. Entiende que la ausencia de instrumentalidad se demuestra en que cabe una solución legislativa que establezca la adopción de esas resoluciones en un proceso que no sea dependiente de otro proceso principal. Es por tanto que el planteamiento doctrinal que presenta este autor, consiste en que para él la característica que define y es consustancial de las medidas cautelares, es la tutela mediata que se encuentra subordinada al proceso principal, entendiendo además que este carácter de instrumentalidad debe contener una serie de caracteres específicos⁴⁵.

Apunta MONTERO AROCA que no sirve cualquier instrumentalidad para declarar con el carácter de cautelar a una medida, sino que, es necesario que esa medida se constituya como un instrumento cuya finalidad consista en dotar de eficacia de la resolución que posteriormente se adopte en el proceso, y que finalmente se produzca su efectiva ejecución⁴⁶. Es por tanto que de este modo podemos hacer una clara distinción entre la tutela cautelar y la tutela jurisdiccional dispensada en un proceso sumario⁴⁷. La diferencia entre ambas tutelas radica en tanto en cuanto la medida cautelar solicitada por la parte actora está destinada a desaparecer en el momento en el que se dicte la sentencia del proceso principal, mientras que esa sentencia del proceso, podrá mantenerse en el tiempo eficazmente⁴⁸.

⁴³CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio...* op., cit. págs. 31-49. Liga de una forma inevitable toda providencia cautelar a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta.

⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio....* op., cit., pág. 38. Advierte la gran disparidad existente de la relación de instrumentalidad en estas medidas frente al resto de las que estudia.

⁴⁵PÉREZ GAIPO, Julio. *El debido proceso cautelar: nuevas tendencias en la tutela cautelar...* op., cit. pág. 63. En referencia al autor MONROY PALACIOS, *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Pág. 152. Que esta instrumentalidad no se debe entender en un sentido procedimental, sino en un sentido tecnológico, es decir, cualquier providencia intermedia es de carácter instrumental respecto de la decisión finalmente adoptada, porque sin aquellas esta decisión no hubiera sido posible de modo alguno.

⁴⁶MONTERO AROCA, JUAN. *Medidas cautelares en: Trabajos de Derecho Procesal*. Pág.429. Habla en este sentido de nota cualificada de instrumentalidad siguiendo la teoría doctrinal aportada por CALAMANDREI.

⁴⁷ORTELLS RAMOS, Manuel, *Cuestiones generales...*op. cit., pág. 9. Esto es así incluso cuando la tutela jurisdiccional se establezca con la intención de evitar que se produzca la frustración de ciertos derechos, debido a la excesiva duración del proceso plenario.

⁴⁸ORTELLS RAMOS, Manuel, *Cuestiones generales...*op. cit., págs. 9 y 10. Siendo casual que la misma se viera afectada por un proceso plenario posterior, que el favorecido por la sentencia no tiene la carga de instar.

ORTELLS RAMOS mantiene una concepción de la instrumentalidad de carácter restrictiva, lo que nos lleva a negar la naturaleza de la medida cautelar a la práctica anticipada o aseguramiento de la prueba. Es así, puesto que el hecho de realizar la práctica de la prueba anticipada se hace con la finalidad de que no se produzca una pérdida de ciertos resultados de carácter probatorio debido a la demora en el momento de recibir las pruebas en un proceso. Pero para el autor no existe ninguna diferencia entre la prueba practicada de forma anticipada y la prueba que se práctica con normalidad, por lo que considera que la instrumentalidad respecto a la sentencia es inexistente en el caso de la prueba anticipada⁴⁹.

Existe una parte de la doctrina que tiene una concepción todavía más estricta que la aportada por ORTELLS. Para ellos esta podría entenderse como una relación entre la medida cautelar y la sentencia principal que consistiría en el aseguramiento de la ejecución de la sentencia⁵⁰.

Pero debemos destacar que la consideración que hace el Derecho positivo contradice totalmente esta argumentación en un doble sentido. Por una parte se entiende que, en aquellos procesos que tienen por objeto pretensiones declarativas o constitutivas, se establecen medidas cautelares con la finalidad de reportar una utilidad práctica a la sentencia que finalmente se dicte en el proceso, aunque no aseguren su ejecución⁵¹. Por otro lado, los efectos de ciertas medidas cautelares van más allá del aseguramiento de la sentencia, lo que no hace que dejen de tener el carácter de cautelares, ya que se encuentran al servicio de un proceso principal, lo que conduce al carácter de instrumentalidad de las mismas, puesto que se adoptan en un proceso sumario autónomo.

Dentro de la doctrina italiana, ROCCO considera que debe negarse la idea de instrumentalidad que se le otorga a las medidas cautelares por la gran mayoría de la

⁴⁹ORTELLS RAMOS, Manuel, *Cuestiones generales...* op. cit., pág. 10. Ambas se encuentran al servicio de la convicción judicial.

⁵⁰ORTELLS RAMOS, Manuel, *Cuestiones generales...* op. cit., pág. 10. Se entiende respecto de esta concepción, que como la única clase de sentencia a la que puede seguir una ejecución es una sentencia de condena, solo en los procesos que, por la pretensión interpuesta, puedan terminar con una sentencia de esa clase habría medidas cautelares.

⁵¹ORTELLS RAMOS, Manuel, *Cuestiones generales...* op. cit., pág. 10. Por ejemplo, una anotación preventiva de la demanda en que se interponga la pretensión meramente declarativa de dominio. Has puesto siete citas seguidas de Ortells. Podrías agruparlas en tres, más o menos

doctrina, sustituyendo esta idea por la del peligro en la mora procesal⁵². La actividad jurisdiccional está dirigida según este, a comprobar desde el punto de vista objetivo la existencia de un peligro y así eliminarlo, ya que amenaza de forma directa los intereses de los tutelados por el derecho objetivo.

Para PÉREZ DAUDÍ este razonamiento no puede considerarse del todo correcto, puesto que, si afirmamos la existencia del peligro en la demora, estamos afirmando también la existencia de un proceso principal dónde se hallaría ese peligro y el cual deberíamos asegurar. En este punto CARRERAS LLASANA⁵³, entiende que las medidas cautelares tienden a evitar que se produzca un peligro, pero ese peligro proviene de la existencia del proceso al que deben servir⁵⁴.

2.2. ANTICIPACIÓN DE LA EJECUCIÓN

Este carácter se encuentra definido dentro del art 726. 2 LEC el cual recoge que, la medida cautelar es y debe ser una técnica de anticipación de ejecución de la sentencia.

Alude RAMOS MÉNDEZ⁵⁵ a que nos encontramos ante un carácter definitorio de las medidas cautelares, consistente en que de algún modo se anticipan los efectos de la ejecución al momento inicial del juicio. Lo que hace en realidad la medida cautelar, es anticipar la ejecución *in natura*, adaptándose a la condena futura que se pueda dar con posterioridad en el proceso. Se acepta que la medida cautelar tenga una función asegurativa, conservativa, y solo de forma excepcional anticipatoria de la ejecución.

⁵² ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil, Vol. V. Parte especial, proceso cautelar*. Temis-de-Palma. Bogotá- Buenos Aires, 1997, pág. 57. Considera que no se debe tratar como esencial el carácter de instrumentalidad en las medidas cautelares ya que, toda resolución jurisdiccional está dotada realmente de esta característica

⁵³CARRERAS LLANSANA, Jorge. *Las Medidas Cautelares del art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en: FENECH NAVARRO, Miguel, *Estudios de Derecho Procesal*. Librería Boch, Barcelona, 1962. Pág. 57712.

⁵⁴PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2012, pág. 32. Esta concepción doctrinal se basa en la existencia de un proceso principal, con la especial vinculación de la medida cautelar solicitada y el aseguramiento del proceso mismo.

⁵⁵RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. J.M Bosch, Barcelona, 2000. Pág. 683. El desarrollo que realiza la Ley de Enjuiciamiento Civil con posterioridad, confirma aún más este carácter anticipatorio que presentan las medidas cautelares, ya que, los actos de ejecución de la medida cautelar son exactamente los mismos que los actos de ejecución dineraria o no dineraria expuestos en este apartado.

Esta anticipación es asumida en algunos casos, debido a que es la única forma de tutelar algunos tipos determinados de condenas o de pretensiones. En el caso de querer adoptar una medida cautelar, existe la necesidad de anticipar la ejecución en mayor o menor parte.

De todos modos, se debe diferenciar entre las medidas cautelares y la ejecución, que responden a presupuestos y finalidades distintas. Hemos de tener en cuenta que ambas se basan en cuestiones diferentes. La medida cautelar se basa en el *fumus*, se adopta basándose en el *periculum in mora* y va relacionada a la prestación de la caución o fianza por parte de su solicitante; mientras que la medida ejecutiva, se basa en un título ejecutivo, se adopta como acto típico que se da en el desarrollo propio de la ejecución y en este caso, no se exige contracautela alguna.

2.3. JURISDICCIONALIDAD

Cuando hablamos del término jurisdiccional, nos referimos a la competencia judicial para la asunción de las medidas cautelares⁵⁶. Asumiendo que la función jurisdiccional constituye un nexo de unión con las medidas cautelares, la adopción de las mismas, “*constituye una labor propia, exclusiva y excluyente del personal jurisdiccional*”⁵⁷. Solo se pueden alcanzar estas medidas cuando el Juez o Tribunal lo decrete en un auto motivado.

En cuanto a los criterios para la atribución de la competencia judicial interna para la adopción de las medidas cautelares, nos encontramos con:

- A) Una regla general recogida en el art. 61 LEC, el cual nos dice que, la competencia funcional para la adopción de las medidas cautelares se atribuye, con carácter general al mismo órgano judicial que este conociendo del proceso en primera instancia (art. 723 CE)⁵⁸.

⁵⁶ La LEC en su art. 61 confiere a los órganos judiciales del orden civil la competencia para conocer del pleito, y de todas las incidencias que puedan surgir a lo largo del mismo, encontrándose entre ellas las medidas cautelares., lo que demuestra que la adopción de la medida cautelar solicitada, le compete al órgano que esté conociendo de dicho pleito.

⁵⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, José (Dir.). *Parte general, Medidas Cautelares...* op., cit. págs. 98 y ss.

⁵⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, José (Dir.). *Parte general, Medidas Cautelares...* op.cit., páginas 99 y ss.

B) Una serie de reglas especiales que establece la propia LEC, dónde la competencia judicial depende del momento procesal en el que nos encontremos⁵⁹:

- Si la medida es solicitada antes de iniciarse el proceso, el Juzgado competente será el de primera instancia.
- Si se solicita durante la sustanciación de la segunda instancia o de un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos (art. 723 LEC)
- Cuando la medida solicitada se encuentra dentro de un proceso arbitral, y que por tanto no es de carácter jurisdiccional, la competencia le pertenece al Tribunal donde el laudo arbitral deba ser ejecutado, y en su defecto, el lugar dónde las medidas deban producir su efecto.

2.4. INICIATIVA DE PARTE

Este carácter de las medidas cautelares está íntimamente relacionado con la jurisdiccionalidad conteniendo idéntica naturaleza subjetiva. Para poder llegar a la adopción de dichas medidas, es necesario venga precedida en todo caso de una expresa petición de parte; petición o solicitud mediante la cual se promueva el correspondiente procedimiento que habrá de culminar con la emisión del auto que deniegue o apruebe la cautela solicitada ante el órgano jurisdiccional⁶⁰.

Hace referencia a esto el art. 721.1 LEC el cual recoge: *“bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del tribunal, conforme lo dispuesto en este título, 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”*.

Es por tanto que debemos hacer mención también al contenido el art. 721.2 LEC que recoge: *“las medidas cautelares no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio*

⁵⁹ MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional II...op.cit.*, páginas 705 y ss.

⁶⁰BARONA VILAR, Silvia. *Capítulo I. De las medidas cautelares, disposiciones generales...op.*, cit. pág.5953. Destaca la autora la importancia de reseñar que la tutela cautelar solo puede alcanzarse desde el principio de justicia rogada, es decir, mediante la previa solicitud de la medida cautelar por la parte interesada, lo que condiciona la función ejercida por el tribunal, debido a que solo podrá otorgar las medidas cautelares que hayan sido solicitadas por quienes sean parte en el proceso que se celebra.

por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales”. Se deduce por tanto la existencia de ciertas excepciones en los casos de procesos especiales, donde debido al interés público o social que presentan, los principios de rogación, dispositivo y de aportación se encuentran atenuados⁶¹. Tal potestad indica GARBERÍ LLOBREGAT se encuentra desarrollada fundamentalmente en los procesos sobre la capacidad de las personas y en los procesos de filiación, los cuales, se encuentran contemplados en los arts. 762 y 768 LEC.

2.5. PROVISIONALIDAD Y TEMPORALIDAD

El art. 726. 3 LEC recoge que “*con 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 pretende en el proceso*”

En cuanto a la provisionalidad⁶², las medidas cautelares solo tienen su razón de ser mientras no se dé una resolución ejecutable dentro del proceso al que sirven⁶³. En el momento en el que se dé una resolución definitiva con el valor de cosa juzgada, esta hará las veces de las medidas cautelares⁶⁴. BARONA VILAR entiende que se

⁶¹GARBERÍ LLOBREGAT, José (Dir.) *Parte general, Medidas cautelares...*op., cit. pág. 104. Todo lo mencionado en este aspecto es consecuencia directa del principio de rogación de parte inherente al ejercicio de la potestad jurisdiccional. En cuanto a lo recogido por el art. 721.2 LEC, señala GARBERÍ que tal impronta publicista o sociológica, determina por ejemplo que en dichos procedimientos no sean válidos ni eficaces los actos de disposición de la pretensión o que la actividad probatoria esté presidida por los principios de oficialidad o de libre valoración de la prueba, y sobre todo lo que nos concierne en este caso, que los propios órganos judiciales puedan acordar de oficio la adopción de medidas cautelares sin ninguna previa solicitud de parte.

⁶²FAIRÉN GUILLÉN, Víctor.: “La reforma del proceso cautelar civil español”.*Revista de Derecho Procesal*, 1996, IV, pág. 50. La provisionalidad del proceso cautelar opera en un campo mucho más amplio. Es por tanto, que podemos entender que no todos los cautelares actúan en función de una resolución definitiva a obtener, por lo que no es posible considerar la provisionalidad exclusivamente por razón de aquella.

⁶³En cuanto a la provisionalidad como carácter de las medidas cautelares se pronuncia el auto de la AP de Barcelona (FJ 3º) nº 201/2011, de 15 de diciembre ECLI:ES:APB:2011:8219: “*Los pronunciamientos cautelares son por esencia provisionales: tienden a remediar una situación provisional que puede impedir la efectividad del pronunciamiento principal. Consecuencia de ese carácter es que las medidas cautelares, aún adoptadas, puedan ser levantadas o sustituidas por otras cuando se modifiquen las circunstancias que las determinaron (art. 743) y que puedan ser solicitadas después de iniciarse el proceso, cuando los hechos y circunstancias que las justifiquen se hayan producido después de la demanda (art. 730.4 LEC)*”. ⁶⁴Las ORTELLS RAMOS, Manuel, *Cuestiones generales*, en: CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*. Comares, Granada, 1996. Págs. 9 y 10. Entiende que las medidas deben extinguirse cuando termine el proceso principal al que sirven.

⁶⁴BARONA VILAR, Silvia, *El proceso cautelar...*op.cit., pág. 707. Esta provisionalidad también se refleja como característica de otras instituciones, como la ejecución provisional de sentencias, en la que

mantendrán las medidas cautelares en tanto en cuanto cumplan con su función de aseguramiento. Por lo que cuando no sean necesarias desaparecerán, debido a que se ha llegado a una situación, que haga inútil su mantenimiento en el tiempo⁶⁵.

Como consecuencia del carácter definitorio de instrumentalidad de las medidas cautelares, se subsume dentro de la provisionalidad también la temporalidad, ya que su operatividad se prolonga en un espacio de tiempo el cual no es definitivo⁶⁶. La propia LEC configura que este carácter solo puede acontecer cuando las medidas cautelares se adopten con anterioridad a la incoación del proceso⁶⁷, cuya vigencia queda subordinada legalmente a que el beneficiario, de las mismas interponga la demanda dentro de los 20 días siguientes a su adopción. De lo contrario aquellas quedarán sin efecto.

La medida cautelar pese a producir sus efectos desde el momento en que se concede, tiene una duración de carácter temporal supeditada a la pendencia del proceso principal al que sirve⁶⁸. Por ello la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en su art. 731 que, o bien la medida cautelar finalmente se sustituye por la actuación ejecutiva, o bien

la provisionalidad tiende a convertirse en definitiva, debido a que sus efectos solo desaparecerán en el caso de que la sentencia sea finalmente revocada, mientras que en el caso de las medidas cautelares, desaparecerán en cualquiera de los casos.

⁶⁵BARONA VILAR, Silvia, *Las medidas cautelares...op.*, cit. pág. 20. Será inútil ese mantenimiento en el tiempo de la medida cautelar que se adopte, ya sea porque la pretensión para la que se instauró dicha medida sea desestimada, bien porque la sentencia principal ya se ha cumplido de forma definitiva, o bien porque se hayan llevado a cabo ya actos ejecutivos que privan de razón de ser a los cautelares. El Auto del TC nº 201/1992, de 1 de julio (RTC 1992,201) establece que el hecho de que las leyes procesales siempre puedan revisar las medidas cautelares que se adoptan con provisionalidad, atendiendo a elementos facticos que se presenten, se deriva de la propia naturaleza que presentan las mismas.

⁶⁶Recoge SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Teoría General de las Medidas Cautelares*, en: RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*, Industrias gráficas M. Pareja, Barcelona, 1974, pág. 17, que esta característica en realidad la encontraríamos englobada dentro del carácter instrumental de las medidas cautelares. Existen diversas resoluciones que destacan esta estrecha relación existente entre la instrumentalidad y la provisionalidad de las medidas cautelares, así lo afirma la SAP GC nº 245/2004, de 23 de enero ECLI:ES:APGC:2004:245: “es carácter fundamental de las medidas cautelares la instrumentalidad respecto de la sentencia que pueda otorgar una concreta tutela y, por tanto la accesoriedad y la provisionalidad. “En la misma línea se pronuncia el AAP de Madrid nº 209/2011 de 25 noviembre JUR 2012\2227 y el AAP de Barcelona Auto núm. 248/2003 de 16 diciembre. JUR 2004\30094

⁶⁷Sobre esto destaca VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Colex, Madrid, 1993. Pág. 43, que hemos de tener en cuenta, que así como la provisionalidad se considera presente en todas las medidas cautelares, no puede decir lo mismo en cambio, sobre la temporalidad, que tan solo se encuentra presente en algunas de estas.

⁶⁸BARONA VILAR, Silvia, *Las medidas cautelares...op.cit.*, pág. 20. De este modo cabe afirmar que las medidas cautelares nacen para finalmente extinguirse, como consecuencia de su carácter de instrumentalidad y provisionalidad, debido a que, en el momento en el que desaparecen os presupuestos o los motivos que llevaron a la adopción de las mismas, se procederá a su alzamiento o extinción.

se alza si no se solicita ejecución pero, de cualquier modo, al tratarse de una medida que no está sometida a una condición resolutoria, está condenada a extinguirse, tanto si se afirma la condición como si no.⁶⁹

Este supuesto del art. 731 LEC se extiende también, a los casos en los que el proceso principal quede en suspenso, por más de seis meses, puesto que en ese caso el solicitante lleva a cabo actos que son incompatibles con la solicitud de una actuación judicial que lo que trata, precisamente, es de preservar al solicitante de situaciones que se pueden producir en el tiempo de tramitación del proceso⁷⁰. Indica SERRA DOMÍNGUEZ⁷¹ que con mayor exactitud pueden considerarse medidas cautelares sometidas a plazo, las que se encuentran contempladas dentro del art. 1.125 CC: *“Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue. Entiéndase por día cierto aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo. Si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional, y se regirá por las reglas de la sección precedente”*.

Lo anteriormente mencionado, debemos enlazarlo con que cualquier medida cautelar adoptada en el proceso, debe ser en todo caso funcional lo cual depende del tipo de pretensión que se ejercite durante el proceso.

2.6. PROPORCIONALIDAD Y MENOR ONEROSIDAD

Los poderes públicos tienen prohibido cualquier tipo de exceso, es por ello, que podrán actuar con ciertas limitaciones en su poder coactivo, utilizándolo solo cuando

⁶⁹Recoge SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Teoría General de las Medidas Cautelares*, en: RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*, Industrias gráficas M. Pareja, Barcelona, 1974, pág. 17, que esta característica en realidad la encontraríamos englobada dentro del carácter instrumental de las medidas cautelares. Podemos observar cómo se hace cierta mención en este apartado sobre la provisionalidad cuando el indica el autor que la medida cautelar en el momento en que nace, lo hace con duración limitada cuya finalidad reside en cubrir el lapso temporal existente entre la interpelación judicial y la efectividad del derecho.

⁷⁰ CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Páginas 440 y ss.

⁷¹SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Teoría General de las Medidas Cautelares...op.cit.*, pág. 17. Debido a esta duración de carácter temporal se entraña que implícitamente exista su posible modificación por variación de los presupuestos que se tuvieron en cuenta a la hora de acordarlas.

sea estrictamente necesario y de una manera proporcionalmente adecuada para conseguir la finalidad que se persigue con la celebración del proceso principal⁷².

Establece el legislador en el art. 726.1, 2º, LEC, que, si se puede dar la sustitución por otra medida que sea igualmente eficaz pero menos gravosa para el perjudicado, deberá en todo caso utilizarse la misma⁷³. Por tanto, se deberá hacer un mínimo sacrificio de los derechos del demandado al que se le imponga esta medida, incidiendo solo en los exclusivamente necesarios para conseguir el objetivo perseguido⁷⁴. Si se diera el caso en que la medida que se puede adoptar solo es una, y es de un carácter especialmente gravoso, el juez podrá en esta situación sustituir la misma por la caución.

2.7. VARIABILIDAD

La variabilidad se rige por la máxima *rebus sic stantibus*⁷⁵. Consiste en que las medidas cautelares pueden ser modificadas y alzadas, en el caso de que se produzca una modificación de las circunstancias fundamentales que se tuvieron en cuenta a la hora de adoptarlas⁷⁶.

⁷²MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional II...op.cit.*, páginas 708 y ss. Sobre la proporcionalidad de las medidas cautelares recoge el AAP de Toledo nº 409/2003, de 17 de noviembre ECLI:ES:APTO:2003:409A: “*Que la medida cautelar que se adopte esté justificada en función de la necesidad de tutelar cumplidamente intereses jurídicos prevalentes, debiendo ser adecuada y necesaria al fin reseñado*”.

⁷³GARBERÍ LLOBREGAT, José (Dir.). *Parte general, Medidas Cautelares...op.cit.*, páginas 117 y ss. ASECIO MELLADO, José María. *Derecho procesal...op.cit.*, pág. 136, alude a lo recogido por los artículos 746 y 747 LEC, donde se establece la posibilidad de autorización del alzamiento de las medidas cautelares, sustituyéndolas en su caso por una caución, cuando la misma tienda a asegurar la efectividad de la sentencia. Así lo afirma el AAP de Ciudad Real núm. 14/2004 de 16 febrero JUR 2004\104434: “*sustituir la medida cautelar solicitada por otra igualmente eficaz pero menos gravosa o perjudicial para el demandado*”. MARTÍN CASTÁN, Francisco, *De las medidas cautelares, disposiciones generales, Capítulo I*, en: MARTÍN CASTÁN, Francisco, MEDRANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio, FERNÁNDEZ VAQUERO, Jorge Luis, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo III*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Pág. 3390. Indica que el legislador en sede de medidas cautelares, siempre intenta lograr un equilibrio entre los intereses de las partes litigiosas.

⁷⁴OLIVA SANTOS, Andrés de la., DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime. *Derecho Procesal Civil. Ejecución Forzosa, Procesos especiales: Conforme a la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2002. Páginas 391 y ss.

⁷⁵Esta expresión latina podemos traducirla como “estando así las cosas”, en virtud de la cual se entiende que cuando en un contrato se plasman las estipulaciones por las partes, se hace conforme a las circunstancias existentes en ese momento, de forma que el mismo podría modificarse en el caso de que se produjera una alteración sustancial de las mismas.

⁷⁶BARONA VILAR, Silvia, *Las medidas cautelares...op.cit.*, pág. 21, indica que las medidas cautelares podrán variarse, en tanto en cuanto, se produzca una variación de los motivos o presupuestos

La Ley de Enjuiciamiento Civil habla sobre estas modificaciones que pueden originarse en varios de sus artículos⁷⁷:

- Art. 730.4 LEC, dispone que aun que las medidas cautelares deban ser solicitadas en el escrito de interposición de la demanda, se pueden solicitar posteriormente en el caso en que la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen dicha solicitud en esos momentos.
- Art. 736.2 LEC, establece que aun habiéndose denegado la petición de una medida cautelar, el actor solicitante de la misma, podrá reproducir su solicitud en caso de que las circunstancias existentes en el momento de la petición cambien.
- Art. 743 LEC configura que las medidas cautelares podrán ser modificadas, siempre que los solicite el interesado, alegando y probando hechos y circunstancias, que no pudieron tenerse en cuenta en el momento de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas.

2.8. HOMOGENEIDAD CON LAS MEDIDAS EJECUTIVAS:

Se trata de una de las características de las medidas cautelares que más controversia ha causado dentro de la doctrina⁷⁸. Se basa en determinar si se considera que las mismas son homogéneas, pero no idénticas a las medidas ejecutivas, o si por el contrario, presentaban identidad con las mismas, debido a que suponen una anticipación del fallo de la resolución que finalmente se dicte.

Entiende BARONA VILAR que estas medidas responden a normas que son relativamente modernas y que, por tanto, se ha superado por gran parte de la doctrina, la

que dieron soporte a la adopción de las mismas, pudiendo modificarse, alzarse etc., si cambian los presupuestos por los que se llegó finalmente a su adopción.

⁷⁷GARBERÍ LLOBREGAT, José (Dir.). *Parte general, Medidas Cautelares...*op.cit., págs. 115 y ss.

⁷⁸BARONA VILAR, Silvia, *Las medidas cautelares...*op.cit., pág. 21. Un importante sector doctrinal las definía como auguradoras de la ejecución de la sentencia, lo que convirtió a esta, en la característica típica de las medidas cautelares, para diferenciarlas de las medidas ejecutivas y de las instrumentales ya existentes dentro del proceso principal.

concepción que atribuyó CARRERAS LLANSANA⁷⁹ cuando recogió que las medidas cautelares únicamente tenían una función de aseguramiento, sin posibilidad de satisfacción provisional, que llevaba a las medidas cautelares a ser homogéneas con las medidas de carácter ejecutivo⁸⁰.

Por tanto, las medidas cautelares tienen una función más amplia que el simple aseguramiento de ejecución de la sentencia, tienden a asegurar la efectividad de la misma, lo que implica, su protección frente a aquellos riesgos que impidan que se desarrollen plenamente sus efectos en condiciones de plena utilidad para el que sea reconocido como el titular del derecho.

3.- PRESUPUESTOS PROCESALES

Existen una serie de presupuestos procesales⁸¹ que son exigibles con carácter general para que pueda llevarse a cabo el otorgamiento de la medida cautelar solicitada por el demandante ante el juez⁸². Se encuentran regulados en el art. 728. 1,2 y 3 LEC. Donde encontramos el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* y la caución.

Debemos destacar la existencia de cierta discusión doctrinal a cerca de la consideración de la caución como un tercer presupuesto procesal. No debería considerarse así según PÉREZ GAIPO quién sostiene que esta consideración no es

⁷⁹ CARRERAS LLANSANA, Jorge.: *Las Medidas Cautelares del art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil...* op., cit. Pág. 57715.

⁸⁰STC nº 39/1995, de 13 de febrero ECLI:ES:TS:1995:39 en la que se establece que, siendo uno de los caracteres fundamentales de las medidas cautelares la homogeneidad con las medidas ejecutivas, es decir, el hecho de que anticipen en gran parte los efectos de la decisión final, resulta evidente que no cabe acordar de forma cautelar medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final.

⁸¹Apunta ASENSIO MELLADO, José María. *Derecho procesal civil. Parte segunda...* op., cit. pág. 113, que precisamente por el carácter de provisionalidad que presentan dichas medidas cautelares, es por lo que se hace necesaria la concurrencia de una serie de presupuestos procesales para que sea posible su adopción. CORDÓN MORENO, Faustino, *De las medidas cautelares. Capítulo I*, en: CORDÓN MORENO, Faustino, GONZÁLEZ DELECUONA, María Marcos, LÓPEZ HUALDE, Ibón, SÁNCHEZ POS, María Victoria, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Segunda Edición*. Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2012. Pág. 1508. Argumenta que para que exista la posibilidad de adopción de una medida, esta está supeditada a la concurrencia de una serie de requisitos, además de que la medida que finalmente se acuerde presente las características citadas en el apartado anterior, que la configuran en relación a su razón de ser y su finalidad.

⁸²Es importante destacar lo señalado por RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María. “*Las medidas cautelares del proceso civil y la mediación*”. Revista Práctica de Tribunales nº 107 marzo-abril 2014, pág. 94, cuando hace referencia a las medidas cautelares dentro de la mediación, que las mismas deben ser adoptadas en todo caso por una persona que ejerza el cargo de juez o por un tribunal, en ningún caso podría acordarlas un mediador ya que no reviste *lauctoritas* y es incompatible con las propias funciones que se le atribuyen, ya que quedan excluidas las decisorias.

acertada, puesto que, el órgano judicial en el momento de rechazar o admitir una pretensión cautelar, únicamente debe detenerse a analizar la concurrencia de la apariencia de buen derecho y del peligro en la mora, y si se encuentra ante ellos, procederá a su otorgamiento⁸³. Es por tanto que para una parte de la doctrina existiría la caución como ese tercer presupuesto procesal y para otra parte, simplemente se trataría a esta como un requisito⁸⁴.

La doctrina más clásica ya hablaba de los dos presupuestos procesales del peligro en la mora y la apariencia de buen derecho. Por un lado, CALAMANDREI, denominó a los presupuestos procesales como “*condiciones de la providencia cautelar*”, considerando con esto la existencia de dos presupuestos cautelares. En primer lugar, la existencia de un derecho y en segundo lugar el peligro en que este derecho se encuentra de no ser satisfecho⁸⁵. También estableció por otro lado, estos dos presupuestos el autor CHIOVENDA, el cual indicó que el juez, en el momento de resolver la petición de la medida cautelar, debía tener especial cuidado en la prudencia y apreciación de las circunstancias particulares y únicas de cada caso concreto, correspondiéndole establecer tanto el grado de peligro como el grado de verosimilitud del derecho afectado⁸⁶.

⁸³PÉREZ GAIPO, Julio. *El debido proceso cautelar...op.*, cit. pág. 79. El autor considera en este punto que la caución no es realmente un presupuesto procesal, sino que deberíamos tratarlo más bien como un requisito para la efectividad.

⁸⁴Debemos tener en cuenta que existe una parte doctrinal, que considera que la caución es otro presupuesto indispensable a tener en cuenta en el otorgamiento de una medida cautelar, operando como el tercer presupuesto en este ámbito. Debemos señalar a ORTELLS RAMOS, *La tutela judicial cautelaren el Derecho Español*, op., cit. pág. 16, afirma que la fianza es un presupuesto más en las medidas cautelares, pero que se pueden establecer ciertos matices con los que se diferenciaría este requisito de los otros dos: estableciendo que debe atenderse al régimen de cada concreta medida para ver si la caución operaría en ese caso como presupuesto; observar también la capacidad y la voluntad económica de las partes; además la concurrencia de la misma no podría suplir bajo ningún concepto la falta de los otros presupuestos considerados como indispensables. Dice ORTELLS, que este precepto, es “una forma ciertamente contundente de establecer la regla general, dado que significa la ausencia de norma sobre este punto en el régimen jurídico de cualquier medida cautelar no debe entenderse como no exigencia de ese presupuesto, sino que para ello es necesaria norma expresa”.

⁸⁵CALAMANDREI, Piero. *Caracteres de las providencias cautelares*, en: DE CRISTOFANO, Marco (Dir.), AGURTO GONZÁLES, Carlos Antonio, QUEQUEJANA MAMANI, Sonia Lidia, VALVERDE GONSÁLES, Manuel Enrique (Coord.), *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018, pág. 77.

⁸⁶CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Trad. Casáis y Santaló, Reus, Madrid, 1977. pág. 286. Hablando sobre la figura del embargo conservador, señala que la necesaria indeterminación de sus condiciones, hace que en esta resolución tenga especial importancia la prudencia y apreciación del caso concreto por parte del magistrado que conoce el asunto, correspondiéndole al mismo el establecimiento del grado de peligro existente, el grado de verosimilitud del crédito, y aun el grado de su actualidad.

Señala PÉREZ GAIPO⁸⁷ la necesidad de existencia de un tercer presupuesto, acorde a la concepción neoguarantista del proceso que proponen, que consistiría en la proporcionalidad de la medida que se ha solicitado en el proceso.

3.1. APARIENCIA DE BUEN DERECHO

3.1.1. Referencia histórica y definición.

La apariencia de buen derecho, también conocida con la expresión latina “*Fumusboni iuris*”⁸⁸, es uno de los presupuestos esenciales para la adopción de la medida cautelar que se solicite⁸⁹.

Aunque la doctrina no hace apenas mención sobre ello, este es un presupuesto ya presente en la antigüedad a la hora de adoptar una medida cautelar, ya que hay constancia de su aparición en la Ley LXVI de las Leyes de Toro de 1505, denominándose fianza de arraigo”, donde se le requería al juez que tomara sumaria información sobre el mismo, reconociendo hallarse, por tanto, ante un enjuiciamiento *prima facie*”⁹⁰.

Este presupuesto determina la necesidad de la existencia de un juicio de carácter positivo emitido por el magistrado que conoce del pleito⁹¹, de que el resultado del

⁸⁷PÉREZ GAIPO, Julio. *El debido proceso cautelar...op.*, cit. pág. 81. Considera que este presupuesto de proporcionalidad consistiría en la ponderación del riesgo de la ineffectividad del posible pronunciamiento final y el sacrificio de los derechos de aquel sujeto eventualmente sometido a la medida cautelar por la ejecución de la misma, que se denominaría, cautelado.

⁸⁸ En este sentido podemos destacar la posición adoptada por el autor RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil, Vol. I*, pág. 529, el cual entiende que, esta expresión es inadecuada, puesto que bajo su punto de vista no existen derechos buenos y malos, sino que todos los derechos son protegidos de algún modo por el ordenamiento jurídico.

⁸⁹ Su vital importancia se demuestra en el fallo de la STS nº 202/2018, de 12 de febrero ECLI: ES: TS: 2018: 202: “Por otra parte, en cuanto a la apariencia de buen derecho, cuya aplicación ha sido matizada por el Tribunal Supremo, exigiendo que se ponga de manifiesto de forma clara, siguiendo el criterio jurisprudencial expuesto, no cabe apreciarla en el presente supuesto, pues el derecho que por ella se invoca se encuentra en contradicción con la declaración de la sentencia firme de la Audiencia Provincial de Valencia, que acordó que la finca registral objeto de controversia es un bien de titularidad privada”.

⁹⁰FENOLL, Nieva Jordi. “El elemento psicológico en la adopción de medidas cautelares”. *Práctica de Tribunales*. 2014. Nº 106. Págs. 32 y ss.

⁹¹La STS 1089/2017, de marzo, ECLI:ES:TS:2017:1089, recalca que: “El «*fumusboni iuris*» o apariencia de buen derecho es considerado en el Derecho común de la justicia cautelar como un requisito exigible para que pueda adoptarse una resolución de esta naturaleza, pues no parece que a quien, manifiestamente, asiste la razón a limine litis deba resultar perjudicado por el retraso en obtener una resolución de fondo. En principio constituye, pues, un requisito de carácter negativo para integrar las perspectivas mínimas indispensables de buen éxito que debe reunir la pretensión principal a la que accesoriamente está ligada la pretensión cautelar, pues mientras el ejercicio de la acción no está sujeta a restricción alguna, por imperativo del art. 24 CE, el ejercicio de la pretensión cautelar, en cuanto supone

proceso principal será probablemente favorable al actor, y ello por cuanto la medida cautelar que se adopte finalmente producirá una injerencia en la esfera jurídica privada del demandado⁹². Pero este *fumusboni iuris* no puede, en absoluto, suponer que tan solo se adoptará la medida cautelar cuando exista un convencimiento absoluto por parte de dicho magistrado acerca de la concurrencia de todos los presupuestos procesales necesarios para que se pueda llegar a esa resolución⁹³.

3.1.2. ¿Debemos considerar al *fumusboni iuris* como un juicio de probabilidad o de apariencia?

Podemos destacar la existencia de dos posiciones doctrinales contrapuestas en cuanto a la configuración del *fumus*⁹⁴.

a) Juicio de probabilidad

La primera de estas corrientes sitúa el juicio *prima facie* sobre el *fumusboni iuris* en una cuestión de probabilidad. Partiendo esta ideología de la premisa establecida por el autor CALAMANDREI que entiende que la cognición cautelar se limita en todo caso a un juicio de probabilidad o de verosimilitud, por lo que, declarar la existencia del derecho es función de la resolución principal⁹⁵.

en cierto modo la anticipación provisional de una resolución favorable a la pretensión de fondo, exige una justificación, *prima facie* o en apariencia, de su fundamento”.

⁹²Concluye CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil...* op., cit. págs. 284 y 285, que acerca de la posibilidad del derecho, la urgencia existente únicamente nos permite realizar un examen evidentemente superfluo denominado *sumariacognitio*, pero también respecto de esta condición varía distintos casos particulares: a veces la resolución se toma precisamente porque existe un derecho que es discutido entre dos personas y es por ello, que no es necesario determinar a quién de los dos le corresponde (como en el embargo judicial en el pleito pendiente); a veces, la pertenencia del derecho a uno de los dos, fue ya declarada con anterioridad en el fondo, prevaleciendo el examen del primer extremo (como en el caso de una ejecución provisional). Para MARTÍ MARTÍ, JOAQUIM: “Las medidas cautelares en los procesos de filiación, paternidad y maternidad del artículo 768 LEC”. *Práctica de Tribunales*. N.º 106, enero-febrero 2014, pág. 24, este presupuesto consistiría en anticipar a la medida cautelar la procedencia y sustento de la acción principal, o al menos, de que la misma tiene los fundamentos necesarios para que finalmente se pueda llegar a debatir en juicio y ser sometida a discusión judicial, en todas sus instancias.

⁹³ BARONA VILAR, Silvia, *Las medidas cautelares: introducción...* op., cit. pág. 24. Implica por tanto una mera probabilidad de este presupuesto, lo que conlleva la aparición de esta situación jurídica necesitada de cautela.

⁹⁴Esta es la clasificación realizada por NIEVA FENOLL, Jordi. “El elemento psicológico en la adopción de medidas cautelares”. *Revista Práctica de Tribunales*. N.º 106 enero-febrero de 2014, págs. 33-34.

⁹⁵(Dir), AGURTO GONZÁLES, Carlos Antonio, QUEQUEJANA MAMANI, Sonia Lidia, VALVERDE GONSÁLES, Manuel Enrique (Coord.), *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018. Pág. 77. En este sentido el autor señala que en sede cautelar basta que la existencia del derecho sea verosímil, o que, según un cálculo de

Destacan dentro de esta corriente doctrinal varios autores de nacionalidad española como, CARRERAS LLANSANA⁹⁶quién lo describió como algo más que la posibilidad y algo menos que la certeza, exigiendo la existencia de una fuerte presunción de que la demanda es ajustada a Derecho⁹⁷ por lo que, para este, resulta insuficiente la mera posibilidad del derecho para la adopción de las medidas cautelares.

Por otro lado, MONTERO AROCA se refiere a un término medio entre la certeza y la incertidumbre, que sitúa en la verosimilitud. En la misma línea ORTELLS RAMOS exige que se demuestre la probabilidad del derecho, exigiendo la necesidad de que se celebre ese juicio de probabilidad para de este modo poder adoptar las medidas cautelares. En el mismo sentido CORTÉS DOMÍNGUEZ requiere un juicio de provisionalidad e indiciario favorable la pretensión del solicitante de la medida. CALDERÓN CUADRADO nos habla de la verosímil existencia del derecho en *elfumus*, en comparación con la certeza que se pretendería obtener en la sentencia.DIEZ- PICAZO GIMÉNEZ alude a una acreditación indiciaria y a una prueba semiplena que permita al Tribunal un juicio de verosimilitud, que equipara con la probabilidad.FERNÁNDEZ BALLESTEROS menciona la probabilidad y destaca el problema del prejuicio que se provoca con el juicio sobre el *fumus*.BARONA VILAR refiere un juicio de verosimilitud o de probabilidad, provisional e indiciario.

b) Juicio de apariencia.

Una segunda orientación doctrinal de carácter minoritario, sitúa este presupuesto como un enjuiciamiento de primeras impresiones, estando representada por los siguientes autores:

SERRA DOMÍNGUEZ, considerado según el autor PÉREZ GAIPO como el autor más destacado en esta posición doctrinal, intenta separar la cuestión de la

probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar.

⁹⁶Resulta insuficiente la mera posibilidad a la hora de otorgar una medida cautelar, puesto que las medidas cautelares sufrirían cierta desnaturalización para CARRERAS LLANSANA, Jorge. *Las medidas cautelares del art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, en:FENECH NAVARRO, Miguel; CARRERAS, Jorge. *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, pág.585.

⁹⁷En la misma línea de pensamiento se encuentran FAIRÉN GUILLEM, *Sugerencias sobre el anteproyecto de bases para el Código Procesal Civil*, de 1996, Universidad de Valencia, Valencia, 1996, pág. 106, que entiende que en el proceso cautelar será suficiente con un juicio de probabilidad o verosimilitud. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares*, en: *Estudios de Derecho Procesal*, Eunsa, Pamplona, 1974, pág. 391, cuando establece también que debe acreditarse algo más que la posibilidad, pero menos que la certeza.

probabilidad, por no reconocer la existencia de una diferencia en este sentido entre el juicio provisional y el juicio de carácter definitivo de un proceso, declarando que basta la mera apariencia de que el derecho existe. Entiende que esta apariencia se concretaría en la evaluación que debe realizar el juez de la solicitud de la medida y de los elementos que se presentan como prueba, debiendo declarar esta la existencia del derecho, salvo que concurriesen otros elementos que lo desvirtuasen. RAMOS MÉNDEZ renuncia también a hablar de probabilidad, centrando todo el enjuiciamiento en la apariencia del derecho del solicitante, es decir, en que *prima facie* su petición aparece como tutelable con la medida cautelar⁹⁸.

c) Unión de ambas posiciones doctrinales.

Por último el autor BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, por su parte, une ambas doctrinas, y habla tanto de juicio de verosimilitud como de apariencia equiparando realmente ambas expresiones. Y el autor PÉREZ DAUDÍ profundizando en la esencia del presupuesto, parte también de la distinción entre el juicio de la sentencia y el enjuiciamiento sobre el *fumus*, aunque destacando que este último contendría juicios incompletos por la rapidez del enjuiciamiento y juicios de valor distintos a los de la sentencia por la provisionalidad de la decisión.

La doctrina no ha llegado más allá de los supuestos anteriormente mencionados. Las leyes, aunque sin prescindir algunas de ellas en tomar partido en la discusión doctrinal, se centran en una de las principales características de los juicios *prima facie*, que consiste de reducir el margen de maniobra habitual del juez a la hora de hacer una valoración.

Es interesante el análisis que aporta el autor NIEVA FENOLL, respecto de la consideración judicial del *fumusboni iuris* como un juicio de probabilidad o de apariencia.

Entiende este que la doctrina mayoritaria que parte del origen de considerar el principio de prueba como una presunción tal y como lo consideró CARRERAS LLASANA⁹⁹, no tiene probabilidades de prosperar, ya que nos hallaríamos a ante el

⁹⁸PÉREZ GAIPO, Julio. *El debido proceso cautelar...* op.cit., pág.89. RAMOS MÉNDEZ entiende que “el *fumusboni iuris* desde luego no se basa en ningún juicio de probabilidad sobre el resultado del pleito, aunque esa sea una de las formulaciones convencionales”.

⁹⁹CARRERAS LLANSANA, *Las medidas cautelares del art. 1.428...* op., cit. pág. 585.

único enjuiciamiento *prima facie* que se basaría exclusivamente en esa probabilidad. Pero en realidad, no se puede aceptar que el juez solo realice un juicio de probabilidad¹⁰⁰, puesto que, si fuese de este modo, ello le conduciría hacia un fallo en la sentencia que emita basado exclusivamente en el heurístico de la representatividad o incluso, peor aún, de la accesibilidad. Esto no lo podríamos considerar aceptable puesto que supondría una simplificación excesiva del problema que se trata, lo que podría provocar irreparables perjuicios de índole material. Por lo que deducimos que el juicio *prima facie* no puede ser un mero juicio de probabilidad.

La otra teoría doctrinal consiste en el pensamiento de que un juicio *prima facie* en realidad es un juicio de apariencia, partiendo de la base de que no es posible realizar un juicio de probabilidad de diferente calado entre distintos enjuiciamientos en un proceso, porque de lo contrario tendríamos que proclamar de la sentencia una certeza casi equiparable con la verdad, para poder distinguir dicha certeza del índice de credibilidad de enjuiciamiento "*prima facie*" que nos halle en una sentencia. Y no es posible llegar tan lejos porque, aunque el proceso deba tender a averiguar la verdad, el objetivo del mismo no puede ser hallar la verdad pura.

Si extrapolamos la idea anterior a la realidad tangible, consistiría en que las disputas surgidas bien entre particulares o bien entre los poderes públicos, deben quedar resueltas de forma definitiva, y para ello, es necesario que el juez que se encarga del proceso se acerque lo más posible a la realidad de los hechos, porque esto es lo que otorga sensación de justicia a los ciudadanos. Pero sin fallar atendiendo a la verdad más absoluta, sino acercándose todo lo posible a la realidad en la que el problema a resolver se desarrolla.

De todo lo expuesto anteriormente observamos que la primera teoría doctrinal que entiende el juicio como un juicio de probabilidad, parte al menos en este ámbito de una idea en la que el proceso busca la verdad absoluta, porque si no, no podría distinguirse de la probabilidad de acierto que se exige en la sentencia, lo que hace que esta teoría sea un tanto cuestionable.

¹⁰⁰PÉREZ GAIPO, Julio. *El debido proceso cautelar...op.*, cit. pág.89. Entiende el autor NIEVA FENOLL. Precisamente que porque el juez hace cálculos probabilísticos en todo momento para llegar a un fallo en el juicio, es por lo que no tiene sentido decir que el juicio *prima facie* sea un juicio de probabilidad, debido a que todos los juicios realmente son juicios de probabilidad, por lo que es necesario encontrar otro concepto que caracterice mejor el enjuiciamiento en este caso concreto, ya que de este modo nos resultaría prácticamente imposible hacer una diferenciación entre el juicio cautelar y el juicio declarativo.

En cambio, en la segunda teoría doctrinal que nos habla de un juicio de apariencia nos muestra de forma más clara que se trata de un juicio de primeras impresiones, por lo que esta idea concuerda más con el juicio “*prima facie*”. Pero cuando esta emprende la concreción de la exigencia del *fumusboni iuris*, acaba reclamando la apariencia de que exista realmente el derecho que el solicitante de la medida cautelar pretende en el proceso, y esto nos devuelve en realidad al juicio de probabilidad volviendo al mismo problema inicial.

Es por tanto que NIEVA FENOLL concluye que debe prescindirse de la idea de probabilidad en favor de la idea de juicio de apariencia en el *fumusy*, en consecuencia, el juez con lo que se le presenta debe decidir si la persona a la que se juzga es culpable o no, yendo mucho más allá de los elementos probatorios que se le presentan como pruebas a tener en cuenta en el juicio. El juez al final se centra más en la adecuación de la pretensión llevada a cabo por el solicitante, al ordenamiento jurídico desde el punto de vista del derecho sustantivo.

En definitiva, lo que el juez debe hacer es considerar si teniendo a su favor únicamente los elementos de los que dispone en el momento de enjuiciamiento, le darían la razón a la persona que está solicitando la medida cautelar o no. Lo que realmente es un juicio de apariencia, ya que el juez en este caso debe decidir únicamente por esas primeras impresiones que se presentan ante él. Ciertamente también podemos ver en este caso el elemento de la probabilidad, pero al menos con la expresión apariencia, se indica claramente que esta resolución judicial es provisional, preliminar y de carácter preventivo, pero que en todo caso no se basa en un juicio de probabilidad debidamente reflexionado, puesto que no se dispone del tiempo necesario para ello.

El autor PÉREZ DAUDÍ nos ofrece una teoría que, sin ser del todo exacta a las anteriormente mencionadas, sí que podemos observar ciertos aspectos que no difieren de las mismas. Haciendo una distinción sobre el juicio indiciario y el grado de convicción, entiende que el juicio efectuado por el órgano jurisdiccional en un momento y otro es idéntico cualitativamente, pero no cuantitativamente. Si en el juicio jurisdiccional se puede hacer una distinción entre juicios históricos, lógicos y de valor, el único juicio que será igual en un momento y otro es el histórico¹⁰¹. El órgano judicial

¹⁰¹PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Las medidas cautelares...* op., cit. págs. 68-73. Entiende el autor que el juicio histórico será más incompleto porque el órgano jurisdiccional está limitado en cuanto al

no se tendrá que preocupar del carácter definitivo de la resolución, debido a que la medida cautelar podrá adaptarse a las consecuencias y se podrá levantar cuando se dicte sentencia en el proceso principal. El *fumus* por lo tanto debe ser un principio de prueba que permita la formación de cierto criterio sobre el fondo del asunto ante el tribunal que conoce del proceso para que, de este modo, si el mismo tuviera que dictar una sentencia en cuanto al otorgamiento o no de la medida cautelar solicitada, esta fuera estimatoria de las pretensiones del solicitante de la misma.

3.1.3. Cuestiones a valorar por el Tribunal.

Se concederá la medida cautelar mediante una valoración de las posiciones que ostentan ambas partes en relación con la cosa litigiosa al inicio del juicio¹⁰², es decir, consiste en la valoración por parte del juez o tribunal al que se solicita la adopción de alguna de estas medidas de los indicios, elementos o circunstancias, que sustenten la fundamentación de la propia pretensión principal, dotándola de una apariencia probable de legitimidad. El órgano judicial en la construcción de ese juicio positivo sobre el resultado a favor del actor en el proceso, no debe valorar y tratar dichas pruebas con la misma profundidad con la que lo haría en la resolución del proceso principal¹⁰³.

a) Medios de convicción.

Al tratarse de un proceso de índole civil, solo se requiere la existencia de documentos u otros medios de convicción, en función de los cuales el juez pueda fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento que tiene la pretensión del solicitante de la medida cautelar, por lo que debido a esto lo que se le da al juez es una clave a la hora de hacer una valoración para posteriormente emitir un juicio.

Esto se encuentra regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 728.2¹⁰⁴, el cual recoge que, el solicitante de la medida cautelar también habrá de presentar los

conocimiento de los hechos por la urgencia de adoptar la medida cautelar. Y el juicio de valor es diverso al tratarse de una decisión de carácter temporal.

¹⁰² RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Guía para una transición ordenada...* Op.cit., páginas 685 y ss.

¹⁰³ ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares en Derecho de la Competencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág.167. Explica el autor, que de hacerse una valoración de los elementos aportados con la misma intensidad que en la resolución del proceso principal, se incurriría en una doble instrucción procesal, dejando por tanto de cumplir su función la medida cautelar.

¹⁰⁴ Recoge la STS 183/2002, de 17 de diciembre de 2002 FJ 1º y 2º (JUR 2003/82556): “se considera *fumusboni iuris* suficiente para poder llegar a hacer efectiva la adopción de la medida cautelar solicitada, la existencia de un documento o factura acreditativo de la deuda aportada con la demanda, así como un documento manuscrito aportado por la parte demandada.”

datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a juzgar por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indicativo favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios¹⁰⁵.

Sobre estos medios de convicción el juez deberá juzgar atendiendo a sus primeras impresiones sobre los mismos una vez que los revise, porque en estos momentos el juicio debe ser rápido y debe fiarse de estas primeras impresiones¹⁰⁶. A partir de aquí debido a que nos encontramos en el proceso civil el juicio “prima facie” tiene un campo de actuación amplio, ya que el juez observara los documentos u otras piezas que se presenten con cierta libertad, avanzando el juicio que realizaría en la sentencia si tuviera que juzgar en ese momento con esos únicos datos.

b) Requisitos para la concurrencia del *fumusboni iuris*

Además, antes de conceder la medida cautelar el tribunal debe cerciorarse de que el conflicto jurídico planteado no es artificial o irreal, sino cierto, y que la pretensión del sujeto que la esgrime, se encuentra fundamentada en lo relativo a los hechos como al derecho, de manera que si esto no ocurre la medida será denegada.

Se exigirá que el órgano judicial compruebe la existencia de un indicio o un principio de prueba de que la pretensión de quien solicita dicha medida, se encuentra aparentemente bien fundada en derecho¹⁰⁷. Siendo, por lo tanto, el análisis judicial

¹⁰⁵ASENCIO MELLADO, José María. “Medidas cautelares. Ajustarse a los tiempos...op., cit. Págs. 4-5. Destaca la claridad que presenta la LEC respecto de la finalidad que presenta el *fumusboni iuris*, puesto que deja claro que no debe prejuzgarse en ningún momento el fondo del asunto, bastando con la emisión de un juicio provisional e indiciario que se favorable al fundamento en el que se basa el objeto del asunto. Por lo tanto, la prueba que se puede exigir para ello, será solamente aquella necesaria para que se dé la acreditación de esta apariencia de buen derecho, mera apariencia con justificación, pero sin que por tal haya de entender la acreditación de la pretensión.

¹⁰⁶ Falla la STSJ de Madrid nº 2106/2018, de 21 de febrero ECLI:ES:TSJM:2018:2106: “la apariencia de buen derecho permite en un marco de provisionalidad, dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y sin prejuzgar lo que declare en su día la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.” Debemos reseñar la gran multitud de sentencias que afirman la cautela con la que se debe actuar para no prejuzgar cuando se resuelve el incidente de medidas cautelares, puesto que si no se incurriría en la vulneración del art. 24.1 CE, como la STS de Madrid nº 728/2008, de 17 de marzo ECLI:ES:TS:2008:728 y la STS de Madrid nº 2619/2003 ECLI:ES:TS:2003:2619.

¹⁰⁷ Refiriéndose el autor con esta expresión, a que no resulte esta a primera vista ni descabellada ni arbitraria, ni irrazonablemente fundamentada.

preliminar de la pretensión procesal esgrimida por la parte que insta la medida cautelar el elemento a tomar en cuenta¹⁰⁸.

En definitiva, el derecho litigioso que esgrime quien insta la medida cautelar ha de representarse en apariencia bien fundamentado, alejándose de cualquier idea de utilización del proceso y de la medida que se solicita como un puro instrumento de presión en contra de quien haya de soportar sus perjudiciales y gravosas consecuencias.

Pero no debemos olvidar que debido al escaso número de elementos con los que el Tribunal cuenta para pronunciarse sobre la petición de la medida cautelar en el momento del inicio del litigio, no puede obtenerse una certeza absoluta y total acerca de la existencia y fundamento del derecho invocado¹⁰⁹

3.1.4. Controversia doctrinal sobre la imparcialidad en su adopción.

Debemos destacar la existencia de cierta discusión doctrinal en cuanto a la imparcialidad que puede presentar el Tribunal que prejuzgue mediante el juicio *prima facie* los indicios sobre la existencia de ese derecho que quiere defender el demandante. Esta imparcialidad podría derivar en incapacitación del órgano judicial para el caso, debido al previo examen realizado por el mismo ya que en este caso, se produciría una extralimitación en las funciones que debe realizar anticipándose a la eventual sentencia condenatoria que debería dictar en el futuro.

Explica PÉREZ DAUDÍ¹¹⁰ que en la mayor parte de ocasiones en las que se rechaza finalmente la adopción de la medida cautelar por el presupuesto del *fumus*, es debido a que, el actor ha llevado a cabo actos propios que motivan la desestimación final de la demanda, como es el caso del AAP de Barcelona nº29/2008 de 4 febrero JUR 2008\123360 en que el demandante interpone un proceso reclamando de forma principal la entrega de la vivienda y con carácter subsidiario la entrega de la cantidad entregada doblada en un contrato de compraventa con arras. El demandado se allana a la pretensión subsidiaria, consignando la cantidad reclamado en concepto de arras en la

¹⁰⁸Son numerosas las resoluciones judiciales de las AAP que se pronuncian al respecto, entre las que podemos destacar: AAP Cádiz 7ª, 31 julio 2003 (AC 2003, 1584); AAP Barcelona 15ª, 11 febrero 2003 (JUR 2003, 37980).

¹⁰⁹ GARBÉRÍ LLOBREGAT, José (Dir.). *Parte general, Medidas Cautelares...* op.cit., páginas 63 y ss.

¹¹⁰<http://www.icab.cat/files/242-232154-DOCUMENTO/PÉREZ%20Daud%C3%AD,V-01-12-2010-%20mmcc%20Barcelona%202009.pdf> (consultado a fecha de 8 de agosto de 2020).

cuenta del Juzgado. Ante este allanamiento el actor solicita la entrega de dicha cantidad y que el proceso siga por las cantidades discutidas que consistía en el doble ya que el actor le otorga la consideración de arras penitenciales y el demandado de arras confirmatorias. Ante tal actitud procesal el Juzgado de Primera Instancia acuerda la medida cautelar de anotación preventiva de demanda, siendo recurrido por la parte demandada. La Audiencia Provincial estima el recurso y revoca la resolución de instancia denegando la medida cautelar porque entiende que el actor ha desistido de la acción reivindicatoria y el proceso se limita a la pretensión subsidiaria que había ejercitado al proseguir tan sólo por las cantidades discutidas y no respecto de la acción reivindicatoria ejercitada. Al cambiar el objeto del proceso entiende que no concurre el *fumusboni iuris* exigido y que la medida solicitada, la anotación preventiva de demanda, no es idónea para asegurar la efectividad de una reclamación de cantidad.

3.2. PELIGRO EN LA MORA

3.2.1. Definición de un concepto jurídico indeterminado.

Este es otro de los presupuestos necesarios para que se pueda dar la adopción de las medidas cautelares¹¹¹, y que tradicionalmente se ha denominado en términos latinos como "*periculum in mora*"¹¹², que ponen de manifiesto que estamos ante un presupuesto contemplado en la ley de enjuiciamiento civil, con la finalidad de paliar los daños y perjuicios derivados de las dilaciones indebidas que se dan en un

¹¹¹Las medidas pretenden "*asegurar la efectividad de la sentencia*" (artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción). Con tal propósito, el riesgo derivado de la duración del proceso, el "*periculum in mora*", se erige, en el artículo 130 de la citada Ley Jurisdiccional, como uno de los presupuestos esenciales para la adopción de la medida cautelar, al tener que tomar en consideración, en la decisión cautelar, que "*la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso*". La medida cautelar, por tanto, intenta salvaguardar que la futura sentencia pueda sea cumplida, y que su pronunciamiento tenga un efecto útil, soslayando que se produzcan situaciones irreversibles. STS nº 2167/2014, de 29 de mayo ECLI:ES:TS:2014:2167.

¹¹²El TC señala en la STC 148/1993, de 29 de abril, ECLI:ES:TC:1993:2014: "Aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (*periculum in mora*) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (*fumusboni iuris*) y, de otro lado, valorar el perjuicio que para el interés general (en este caso asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales) acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada"... "El requisito más importante para que una medida sea adoptada, es que exista un riesgo real de que, mientras se sustancia el proceso de declaración el demandado, pueda intentar maniobras fraudulentas que pongan en peligro o hagan imposible una futura ejecución."

proceso¹¹³. Esto es así, puesto que el peligro básico que intenta combatir cualquier medida cautelar es la duración del proceso¹¹⁴, ya que por muy diligentes y eficaces que pudieran ser los trámites en los tribunales, siempre va a darse la existencia de esa dilación temporal conduciendo al solicitante de la medida en el proceso a sufrir esos riesgos que se derivan de ello¹¹⁵.

Recoge PÉREZ DAUDÍ que la duración del proceso es algo imperfecto puesto que está realizado por los hombres y de acuerdo a las normas que ellos establecen, y considerando este margen de error, se intenta dotar al proceso de unas garantías¹¹⁶. Todo esto se hace con la finalidad de que el pronunciamiento definitivo que se dicte en la sentencia finalmente emitida, conduzca directamente a que se pueda adoptar la medida cautelar para que no peligre la eficacia proceso.

El peligro en la mora procesal implica la existencia del *periculum in mora* en orden a contrarrestar el famoso *in vanumabeo iuris* o que, finalmente, el derecho que se

¹¹³Como señalaba CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio...op.*, cit. Pág. 15. Consiste en la existencia de un peligro de daño jurídico derivado del retardo, como señala la STS nº 3862/2004, de 22 de junio, (JUR 2004/3862): “*el periculum in mora, según su configuración tradicional, en lo que se traduce es en la necesidad de que, al menos de forma iniciaría, se constate que la ejecución del acto objeto de impugnación podrá tener una incidencia lesiva sobre los intereses y derechos del recurrente, de tal entidad que, en el supuesto de impugnación jurisdiccional tenga éxito....*”

¹¹⁴CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Las Medidas Cautelares indeterminadas en el proceso Civil...op.*, cit. Pág. 46. Se debe evitar a toda costa una dilación excesiva del proceso, puesto que si así fuera, podría perjudicarse al actor produciendo daños y perjuicios graves, que es lo que se pretende que no ocurra. En el mismo sentido indica PÉREZ DAUDÍ, *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil...op.* cit., pág. 89, el *periculum* consiste en el daño marginal que pueda provocar la efectividad de la sentencia como consecuencia de la necesaria existencia de un proceso anterior, bien de carácter declarativo o bien de ejecución. PÉREZ GAIPO, Julio. *El debido proceso cautelar ...op.cit.*, pág. 98, considera que este presupuesto es consecuencia natural y lógica de la propia finalidad de esta clase de tutela, es decir, si el proceso consistiera en algo de carácter instantáneo que no requiriera de un lapso de tiempo para su desarrollo, la tutela cautelar por sí misma carecería totalmente de sentido, pues se trata de dar cumplimiento al principio de indemnidad de la tutela, esto es que el uso del proceso no se vuelva finalmente en contra del ciudadano que se vea en la necesidad de acudir al mismo. Esto es que no deriven perjuicios tales que el proceso suponga una carga excesiva que haga ilusorio el derecho que se ha reclamado. Todo ello refiriéndose a posibles actuaciones que puedan llevarse a cabo por el demandante y que lleven a la ineficacia final del proceso.

¹¹⁵Apunta CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil...op.* cit., págs.281-283, que durante el tiempo que resulta necesario para obtener finalmente una sentencia en el proceso, se presenten ciertas circunstancias que en todo o en parte, impidan o hagan gravosa la consecución del bien que resultase garantizado por ley, si no se provee evitar el peligro mediante la adopción de una medida cautelar. Y que a veces, la consecución de ese bien no pueda aplazarse sin resultar gravoso para el afectado. Es por tanto que la medida provisional responde a la necesidad efectiva y actual de remover el temor del daño jurídico.

¹¹⁶PÉREZ DAUDÍ, *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil... op.* cit., pág. 89. Su desarrollo requiere que transcurra el tiempo, el cual será más dilatado en el tiempo cuando el proceso se rodee de mayores garantías para que el margen de error sea menor.

pretende quede en nada¹¹⁷. A ello se refiere la propia ley de enjuiciamiento civil actual en su art. 728.1 LEC, que nos habla del *invanumabeoiruis*, ya que, nos dice de forma literal que, de no adoptarse las medidas solicitadas se producirían situaciones que podrían impedir o dificultar la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria¹¹⁸.

Sostiene CALAMANDREI¹¹⁹ que el *periculum in mora* no consiste en el peligro genérico de la producción de un daño jurídico, el cual en muchos casos puede llegar a obviarse con la tutela ordinaria, sino que ha de consistir en el peligro de carácter específico de aquel ulterior daño marginal¹²⁰. Al respecto de esta definición señala CALEDERÓN CUADRADO que, aparecen los dos elementos integrantes de este presupuesto, el retraso y el daño marginal producido por la demora¹²¹.

3.2.2. Tipos de *periculum in mora*.

PÉREZ DAUDÍ indica que debemos atender a una distinción entre dos tipos de *periculum in mora* de carácter objetivo y subjetivo¹²². En este primer tipo de peligro en

¹¹⁷ APARICIO AUÑÓN, Eusebio. *Procedimiento Civil. De las medidas cautelares. Tomo III, en: LORCA NAVARRETE, Antonio María (Dir.), GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Coord.) Comentarios a la Nueva... op., cit. Pág. 1850. Existiendo por tanto en este aspecto, una justificación funcional no temporal o propia de la mora, que justifica esa adopción de la medida cautelar.*

¹¹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil... op., cit.,* pág. 284 recoge que, en cuanto a la posibilidad del daño, el juez debe hacer un examen de diversos factores; en primer lugar, debe observar si las circunstancias de hecho dan un motivo serio para temer el hecho dañoso; en segundo lugar, debe determinar si el hecho es urgente y debido a ello es necesario promover en vía provisional; y en último término, decantarse por la mejor forma de proveer. Concluyendo, que dicha condición genérica se determina mejor ante cada medida provisional.

¹¹⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio... op., cit. Pág. 18. Esta es una expresión aportada por FINZI, RD Processuale, 1926, II, pág. 50.*

¹²⁰ Señala el AAP de Madrid nº 957/2015, de 26 de octubre ECLI:ES:APM:2015:957A: “El *periculum in mora* exige por lo tanto, para que pueda decretarse una medida cautelar, que exista un riesgo racionalmente previsible, con carácter objetivo, de que la parte demandada pudiera aprovecharse de la duración del proceso para hacer inefectiva la tutela judicial que podría otorgarle la sentencia resolutoria de la contienda, o bien que se prevea el advenimiento de situaciones concretas susceptibles de ocasionar impedimento o dificultad a la efectividad de lo pretendido en el procedimiento principal.”

¹²¹ CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Las Medidas Cautelares indeterminadas en el proceso Civil... op., cit. Pág. 46. Ambos elementos se encuentran interrelacionados por lo que no pueden imaginarse el uno sin el otro.*

¹²² PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Las medidas cautelares... op., cit. pág. 90. Se realiza esta distinción por el autor debido a que la inefectividad de la sentencia puede ser por dos motivos, bien debido a la excesiva duración del proceso principal, o bien, debido a la conducta del demandado durante la pendencia del mismo. Así lo afirma el AAP de Lleida nº 49/2008, de 13 de mayo (JUR 2008/317677): “entendido este peligro no como un simple temor a que no pueda llegar a ser ejecutable por circunstancias casuales o provocadas por simple transcurso del tiempo, sino que ha de ser un auténtico peligro concreto atendidas las circunstancias objetivas y subjetivas que concurran en la situación jurídica cautelable.”*

la demora, el legislador sin tener en cuenta la conducta que presenta el demandado a lo largo del proceso, estima que el transcurso del tiempo que se considera necesario para poder dictar sentencia final, puede que dificulte el efectivo despliegue de todos los efectos de la misma¹²³. El segundo tipo de demora no importa el transcurso del tiempo para determinar que la sentencia pudiera ser finalmente inefectiva, sino que lo importante en este caso es la ocasión que se le otorga al demandado para que realice una serie de actos cuya finalidad sea, directa o indirectamente, hacer que la declaración de derecho no despliegue finalmente todos los efectos que debería.

3.3.3. ¿Podemos considerar el *periculum* como un fundamento o como un presupuesto?

Además añade la existencia de cierto debate sobre la consideración del *periculum in mora* como un presupuesto o como un fundamento de las medidas cautelares¹²⁴. Cuando se realiza la solicitud de una medida cautelar ante el tribunal, se hace con la finalidad solucionar definitivamente el conflicto de intereses que se está desarrollando en el proceso, lo cual, se hará en un periodo de tiempo que puede ser de mayor o menor duración en cada caso concreto¹²⁵:

Nos encontraríamos ante un fundamento, cuando el legislador autoriza la adopción de la medida cautelar al órgano judicial que este conociendo del asunto, sin que se deba acreditar la concurrencia de ese peligro, porque la cuestión debatida carezca de interés o pueda perderlo si no se asegura con rapidez. En este tipo de casos no debe acreditarse el peligro puesto que se considera incluido dentro de la *ratio iuris*¹²⁶ de la medida cautelar. En este caso es el órgano judicial quien debe apreciar su presencia,

¹²³Es precisamente por este motivo, por el cual, se decretan unas medidas cautelares con el fin de evitar que finalmente el proceso devenga inútil. PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Las medidas cautelares....* op., cit. pág. 90

¹²⁴PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Las medidas cautelares...op.*, cit. pág. 92. Se trata de un fundamento cuando no concurre la exigencia de prueba alguna de la existencia de ese peligro en el proceso y el legislador considera que el mero transcurso del tiempo va a ocasionar la producción de un daño de carácter marginal, es decir, un peligro de carácter objetivo; y nos encontramos ante un presupuesto cuando la adopción de la medida cautelar queda subordinada a la concurrencia del peligro y además debe probarse.

¹²⁵PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Las medidas cautelares...op.*, cit. pág. 92. la falta de instantaneidad en el proceso, es lo que deriva en que el legislador deba apreciar en cada momento concreto la existencia de ciertos peligros que puedan poner en riesgo la efectividad de esa resolución de carácter definitivo que se debe dar en el proceso finalmente.

¹²⁶Se entiende por este término latino, la razón o fundamento jurídico de un acto. En cuanto expresa el sentido del ordenamiento jurídico puede invocarse en orden a la solución de un supuesto concreto no previsto por la norma legal.

pero en ciertas ocasiones este la objetiviza en una serie de actuaciones. Es por tanto que nos encontramos ante una concepción del peligro de carácter objetivo.

Por otro lado, nos encontraríamos ante un presupuesto procesal en el momento en el que el legislador exige su alegación y acreditamiento en el incidente de adopción de medidas cautelares. En este caso a diferencia del anterior, concebimos el peligro de una forma subjetiva.

3.3.4. Requisitos para la concurrencia del *periculum*.

Cada vez con más frecuencia el legislador se posiciona en la concepción del *periculum* como un fundamento más que como un presupuesto procesal. SERRA DOMÍNGUEZ señala que el peligro se encuentra presente en la intención del legislador al otorga la medida cautelar y debe, por tanto, valorar el juzgador el peligro existente en cada caso concreto que conoce, sin que sea necesario en nuestro derecho positivo, ni tan siquiera una demostración *prima facie* de la concurrencia del mismo dentro de cada proceso. Explica que la tendencia dominante entre la doctrina más moderna consistiría en sustituir ese peligro en la demora procesal, por la prestación de una fianza¹²⁷ para asegurar la indemnización por los daños y perjuicios que se causen cuando se produce el alzamiento de la medida cautelar¹²⁸.

De las ideas anteriormente expuestas, podemos extraer, que para poder adoptar algún tipo de medida tiene que darse como condicionante el elemento del riesgo o peligro, que corre el solicitante de la misma, en cuanto a que, la tutela judicial efectiva que le corresponde y que debe garantizar el proceso, no se vea finalmente satisfecha. Siendo este el que debe probar ese riesgo al que está condicionado debido a la pendencia del proceso. Este riesgo debe ser actual, presente, real¹²⁹ y la medida que se

¹²⁷SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Teoría General de las Medidas Cautelares...* op., cit. Pág. 39 a 45. Esta solución vendría motivada por el grave margen de error existente en la determinación de este presupuesto, máxime habida cuenta de la imposibilidad de justificarlo ni tan siquiera sumariamente inaudita parte.

¹²⁸En esta línea conceptual podemos situar también a RAMOS ROMEU quien defiende que la responsabilidad del solicitante de la medida cautelar sustituya el control judicial del *periculum in mora* ya que este genera inseguridad jurídica y desincentiva la solicitud de las medidas cautelares.

¹²⁹El AAP de Asturias sección 7ª, nº 94/2010, de 26 de julio ECLI:ES:APO:2010:581A se pronuncia en cuanto a que el riesgo que exista debe ser real, cuando afirma: “no cabe apreciar la existencia del *periculum in mora*, pues solo existiría este si con la medida se pretendiese evitar el riesgo de insolvencia del demandado, y la demandante hubiese probado que ese riesgo era real, y sin embargo no ha alegado ni siquiera circunstancia alguna que pudiera hacer pensar que el demandado pudiese situarse en situación de insolvencia...”

solicita en este caso, debe estar anudada a evitar dicho peligro. En caso de que ese riesgo dejase de existir, es evidente que ya no tendría cabida la adopción de ningún tipo de medida cautelar¹³⁰.

Es importante la teoría de CALAMANDREI sobre la constitución de este presupuesto procesal. En primer término, nos dice, que el hecho de que la resolución judicial que ha de pronunciarse sobre el objeto procesal tenga que emitirse inevitablemente tras la obligada realización de una serie de actos legalmente predeterminados, los cuales tienden a que aquella importante decisión nazca con las suficientes garantías de Justicia. Garantías que solo pueden provenir de la puesta en práctica del constitucional principio de contradicción y de la mano de la realización de la actividad probatoria que en cada caso se revele imprescindible para la acreditación de los hechos constitutivos de la pretensión actora y de los eventuales hechos impeditivos, extintivos y excluyentes que haya podido aducir en su defensa la parte demandada.

En segundo lugar, la posibilidad cierta y real¹³¹ de que, mientras transcurre el tiempo en que han de tener lugar dichos actos procesales, se lleguen a verificar acciones o conductas, o acontezcan eventos, que de facto imposibiliten o dificulten al máximo el cumplimiento, ya sea voluntario o forzoso del fallo condenatorio contenido en la resolución por la que se ponga fin de forma definitiva a la controversia suscitada, imposibilidad o dificultad a cuya conjura o evitación, como ya se conoce, están preordenadas las medidas cautelares.

3.3.5. Tipos de peligro según Calamandrei.

Desde que se dio esta aportación por dicho autor, suele resaltarse la distinción entre dos manifestaciones que podemos encontrar de peligro, uno de naturaleza subjetiva y otro de naturaleza objetiva¹³²:

¹³⁰PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto. “La acreditación del peligro en la mora procesal y la apariencia del buen derecho del art. 728 LEC para la concesión de las medidas cautelares”. *Práctica de Tribunales*. Nº 106. 2014. Páginas 44 y ss.

¹³¹El AAP de Barcelona nº 1747/2007 de 9 de mayo de 2007 JUR 2007\261448 señala que el requisito más importante para que una medida cautelar sea adoptada, es que exista un riesgo real

¹³² CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio...* op., cit. págs. 71 y 72, nos habla sobre los dos tipos de peligros existentes según su concepción, los cuales son el peligro de infructuosidad y de tardanza. En el primer caso, se trata de acelerar en vía provisoria la satisfacción del derecho controvertido, porque el *periculum in mora* está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene en el juicio demérito, es por tanto, que aquí la providencia provisoria recae de

- a. El peligro de infructuosidad o subjetivo, consistente en que la ejecución sea posible o difícil en el momento en que proceda. Este se justifica en una posible conducta del demandado durante el desarrollo del proceso. En este caso, el peligro consistirá en el temor que se genera a que el demandado en el proceso, cometa durante la pendencia del mismo, tanto dentro como fuera, actuaciones o conductas que pueda suponer llegar a un estado de las cosas que impida la eficacia de una eventual sentencia condenatoria en su contra.
- b. Peligro objetivo o de retraso o daño inmediato o irreparable que se produce por el simple retraso en obtener la prestación, es decir, aquel peligro que aparece debido a la mera pendencia del proceso, con independencia de la conducta procesal o extraprocesal del resto de sujetos que aparecen dentro del proceso.

3.3.6. Clases de riesgos y carga de la prueba.

Cabe señalar que la ley actual carece de una regulación tasada sobre los distintos tipos de peligro en la demora, ya que las medidas cautelares tampoco gozan de una eficacia que se encuentre especificada dentro de la ley, sino que esta puede configurarse según las características generales del art. 726 LEC, para de este modo contrarrestar las diferentes situaciones de peligro que se den en cada caso concreto. Aun así, entre la situación de peligro y la medida, existe una relación específica interpuesta por los arts. 726.1 y 728.1 LEC, cuando los mismos establecen que las medidas que se adopten deben ser las adecuadas para evitar que la efectividad de la tutela judicial se vea impedida o dificultada por las situaciones de peligro¹³³. No obstante, teniendo en cuenta todo lo expuesto por el autor CALAMANDREI y sabiendo además que es imposible

forma directa sobre la relación sustancial controvertida. En el segundo tipo de peligro expresa que lo urgente no es la satisfacción del derecho, sino el aseguramiento de carácter preventivo de los medios que son aptos para determinar que la providencia principal, cuando llegue, sea justa y prácticamente eficaz. Es por ello, que, aun después de producirse la emancipación de la providencia cautelar, la relación sustancial continúa teniendo controvertida y el de no prejuzgarla. PÉREZ GAIPO, Julio. *El debido proceso cautelar: nuevas tendencias en la tutela cautelar...*op.cit., pág. 100, en cuanto al peligro de carácter subjetivo menciona como claro ejemplo del mismo, las maniobras patrimoniales y societarias con el fin de colocar al demandado en el proceso en una situación aparente de insolvencia para que así se dificulte una posterior ejecución de sus bienes. En cuanto al peligro de carácter objetivo o de retardo, el mismo se ha asociado con frecuencia a las denominadas formas de tutela anticipatoria, en las que el adelantamiento provisional de la totalidad o de una parte de los efectos de una eventual sentencia estimatoria será la única vía para garantizar su eficacia. Si la mora procesal, y una conducta externa son lo único que produce el daño, la manera que resulta obvia para evitar que se produzca será adelantando, si quiera parcialmente, los efectos de la resolución final.

¹³³ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho procesal civil...*op., cit., pág. 718. Para la misma pretensión interpuesta en el proceso principal, las diferentes situaciones que puedan darse de peligro en la mora, justifican la concurrencia de medidas cautelares distintas.

saber a ciencia cierta que riesgos o peligros¹³⁴ pueden derivar en cada caso concreto en la práctica, la doctrina establece una especie de lista genérica de motivos en los que se puede basar la acreditación del peligro en la mora procesal¹³⁵ y de modo más específico cabe destacar las categorías que establece ORTELLS RAMOS¹³⁶:

- Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de la ejecución considerada en absoluto. Así, el riesgo de insolvencia del demandado que puede frustrar la ejecución dineraria bien proceda inicialmente por tratarse de prestación pecuniaria que, al afectar a su patrimonio, esto impediría una ejecución dineraria en el futuro; o bien proceda por imposibilidad de una ejecución específica.
- Riesgos que amenazan a la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica como por ejemplo, el caso en que pudiera darse la pérdida o la ocultación de la cosa mueble que era objeto del contrato, por lo que en este caso podría exigirse la devolución del valor del bien y una indemnización por daños y perjuicios, pero no podría debido a las circunstancias concurrentes, darse la ejecución específica, por lo que se trataría en este caso de una ejecución genérica; o a la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad¹³⁷. El que resulte favorecido por la sentencia, recibiría el terreno, pero si este viene sin sus frutos, por los mismos cabría una indemnización.

¹³⁴En cuanto a dichos riesgos o peligros no cabe su concurrencia dentro del proceso, y no tendrá el demandante la oportunidad de obtener la consecución de la medida cautelar que solicite. STS nº 7882/2012, de 27 de noviembre ECLI:ES:TS:2012:7882: “*Así mismo, que la perturbación grave de los intereses generales o de tercero es un extremo que, de concurrir, permite denegar la solicitud de tutela cautelar; y en el presente caso, se ha acreditado la ausencia del referido perjuicio, pues, a tenor del referido Informe, no existe riesgo alguno para la salud de los vecinos derivado de la exposición a las ondas electromagnéticas dentro de los límites fijados por la normativa estatal.*”

¹³⁵PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto. “La acreditación del peligro en la mora procesal y la apariencia del buen derecho del art. 728 LEC para la concesión de las medidas cautelares” ...op., cit. págs. 45 y ss.

¹³⁶ORTELLS RAMOS, Manuel. “*Tutela judicial cautelar*”. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2015, págs. 758-805.

¹³⁷ORTELLS RAMOS, Manuel, *Cuestiones generales*...op., cit. págs. 14 y 15. En este último caso se hace referencia a la imposibilidad de la ejecución específica concreta en el caso de que lo reclamado no puede devolverse íntegramente, por lo que habría de prestar indemnización por ello el demandado.

- Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto, en forma específica, cuyo ejemplo más claro es la insolvencia que puede darse en la parte demandada.
- Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia¹³⁸. Por ejemplo, la estimación de una pretensión declarativa de dominio puede resultar inútil en el caso de que durante el proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe, que ha inscrito a su favor, o cuando después de la sentencia de incapacitación, se constituyan la tutela o la curatela, con sus efectos jurídicos de protección de la gestión de patrimonio del incapaz, aquellas instituciones pueden ser prácticamente inefectivas si, durante el proceso de incapacitación, el presunto incapaz ha vaciado su patrimonio. .
- Riesgos que amenazan la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad. Por ejemplo, cuando se reivindique un bien productivo, la posibilidad de que el actor lo reciba finalmente ese bien, pero mermado, esquilado o diezmado en cuanto a su productividad.
- Riesgos de ineffectividad de la sentencia que son debidos al simple retraso en el otorgamiento de la tutela judicial y que redunden en el menoscabo, ya sea de carácter temporal o definitivo, de un derecho, menoscabo que no será resarcible mediante una indemnización dineraria. La doctrina pone como ejemplo el siguiente: es el caso de la demanda en la que se pretende la cesación en la comunicación pública de una obra artística. La sentencia que se dicte en cuanto ello definitivamente, puede decretar dicha cesación y la indemnización correspondiente por la comunicación ilícita. No existe en este sentido, riesgo de inexecución o ejecución parcialmente insatisfactoria. Existe, por ende, un riesgo de vulneración del derecho moral del autor mientras se tramite el proceso, conjurable mediante la cesación de la comunicación, diferente del riesgo de inexecución en forma específica o en forma dineraria o de la ineffectividad de la

¹³⁸ORTELLS RAMOS, Manuel. *Cuestiones generales...*op., cit. pág. 15. Es decir, los riesgos de ineffectividad de una pretensión constituida o mero-declarativa. Por ejemplo, la posibilidad de que durante el desarrollo del proceso se enajene o grave el derecho, declaración cuya titularidad persigue el actor en la demanda.

sentencia estimatoria de una pretensión constituida o mero-declarativa. Riesgo que por tanto entendemos que es diferente de todos los anteriormente mencionados, pero que merece igual atención de todas formas.

Es imprescindible que la existencia del peligro que se plantea en cada caso, sea acreditada por el actor para que se tenga en cuenta por parte del Tribunal, es decir, la carga de la prueba recae sobre el demandante que soporta dicho riesgo. Este peligro debe alegarse en el escrito de solicitud de la medida cautelar y hacer una descripción detallada de cuáles son las circunstancias que llevan a pensar al actor que concurre este peligro, relacionándolo con la medida cautelar que se solicita en el caso¹³⁹.

Además, hemos de tener en cuenta que la concurrencia del peligro en la mora procesal no se sobreentiende, y además no puede estar fundado en el simple temor o creencia de que algo malo puede suceder si no se toman las medidas pertinentes, sino que debe ser un peligro concreto¹⁴⁰ para que pueda ser tenido en cuenta por el tribunal¹⁴¹. Por ello el solicitante de la medida debe acreditar siempre cuales son los hechos concretos que fundamentan la existencia en la actualidad de este peligro¹⁴².

¹³⁹En este sentido se ha pronunciado el AAP de Barcelona, sec. 15ª. 1434/2008, de 29 de febrero ECLI:ES:APB:2008:1434A que en su fundamento jurídico segundo afirma que: “*Basta la simple lectura de lo anterior para apreciar que esta justificación no se refiere para nada al embargo preventivo, puesto que con él lo único que se puede prevenir es la imposible solvencia sobrevenida da alguno de los demandados durante el procedimiento judicial. Esto no solo debería haberse indicado en la solicitud de las medidas cautelares, sino que además debían haberse especificado los hechos que inducen a pensar que concurre el riesgo*”

¹⁴⁰Recoge PÉREZ CEBADEER, Mª ÁNGELES: “Las medidas cautelares inaudita parte. Requisitos concurrentes para acreditar el *periculum in mora*”. *Práctica de Tribunales*, núm.102, mayo-junio 2013, pág. 79, que este presupuesto procesal se configura con un carácter objetivo, como una probabilidad concreta del peligro para que se pueda dictar la efectividad de la resolución, no en términos subjetivistas de creencia o de temor por parte del solicitante sobre la existencia de dicho peligro,

¹⁴¹Sostiene ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho procesal Civil...op.*, cit. pág. 718, que no obstante, deberán evitarse excesos en el grado de justificación del peligro, sobre todo en aquellos procesos en los que el peligro puede convertirse en un daño irreparable con gran celeridad.

¹⁴²La STS nº 1089/2017, de 24 de marzo ECLI:ES:TS:2017:1089 señala que: “el *periculum in mora* constituye el primer criterio a considerar para la adopción de las medidas cautelares, t debe adoptarse ponderando las circunstancias concretas de cada caso según la justificación ofrecida en el momento en que se solicita la medida...”

Al respecto se ha pronunciado la AAP de Madrid, sec. 10ª, 5153/2006, de 24 de abril de 2006 ECLI:ES:APM:2006:5153A, donde se dice que: *“tras el examen de actuaciones se considera que no concurren en el supuesto los antecedentes o presupuestos de referencia, fundamentalmente como sostiene la resolución recurrida el requisito de periculum in mora; pues aun admitiendo como prueba la aportada en la demanda, es lo cierto que no se constatan que concurren circunstancias...”*

Debemos destacar además respecto de la actividad probatoria, que el hecho de que la parte demandante deba justificar la existencia real y actual del riesgo o peligro en la mora que se está dando en el caso, no exige que esta justificación consista en probar de forma fehaciente este hecho. El pronunciamiento que la AAP de Valladolid, nº 13/2002 sec. 3.ª, de 28 de junio de 2002 ECLI: ES: APVA:2002:13A cuando dice: *“debe ser empleada de una forma más abierta y flexible, pues no en vano la ley emplea el término justificar, que sin duda es más amplio y comporta un grado de certeza algo menor que el de probar o acreditar...”*

En cuanto a la puesta en práctica de esta justificación requerida del peligro en la cuando se trata de hacer una reclamación dineraria, existen diferentes pronunciamientos en las Audiencia Provinciales. Un ejemplo sería el pronunciamiento que hizo la AAP de Barcelona, sec. 15.ª, nº 8630/2007, de 15 de noviembre de 2007 ECLI:ES:APB:2007:8630A. Expuso que lo que se considera de verdad relevante para valorar el *periculum in mora* en estos casos, es advertir si existe riesgo de que la dilación propia del proceso principal, puede ocasionar que la persona a la que se condenaría al pago de dicha cantidad, deviniera finalmente insolvente, frustrando la efectividad de la sentencia. Este caso consiste en que el demandante alega que estando la sociedad cerrada e inactiva, existe el riesgo de que el demandado, al conocer que se ejercita la acción de responsabilidad en su contra, enajene o grave los derechos de su propiedad, lo que impediría la eficacia de la sentencia condenatoria. De este modo el transcurso del tiempo y la posibilidad de que la demandada enajene o grave sus bienes identificados por la parte actora, y respecto de los que se pide el embargo, sería lo que justificaría el peligro en la mora procesal. Por lo tanto, podríamos decir que existe dicho requisito, debido a que tampoco se conocen otros bienes que puedan pertenecer al demandado y con los que pudiera responder. Por lo que el embargo asegura que finalmente pueda cumplirse con la finalidad de la sentencia condenatoria, que es la tutela judicial efectiva de la parte actora.

En el caso de la anotación preventiva de demanda, el riesgo consiste en que durante la sustancian del proceso principal acaezcan circunstancias que sean provocadas por la actitud del demandado y que son factibles en mayor medida si la finca se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad a su nombre. En este caso podemos fijarnos en la postura doctrinal que nos aporta PÉREZ DAUDÍ, que se basa en la opinión de que el *periculum in mora* debe considerarse acreditado sólo con que exista la posibilidad de que se transmita el bien a un tercero cuando estemos hablando de la anotación preventiva de la demanda o del embargo preventivo, suavizándose de este modo la exigencia del *periculum in mora* ya que, de otra forma, si se tiene que acreditar los actos en que se concreta podría convertirse en una *probatio diabólica*; de ahí que deba bastar con la mera posibilidad de que se realicen las actuaciones defraudadoras, puesto que en definitiva, el que éstas se lleven a cabo o no dependerá única y exclusivamente de la voluntad de la parte demandada.

3.3. CAUCIÓN

3.3.1. Concepto

El artículo 728.3 LEC contempla que salvo que expresamente se disponga otra cosa: “*el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera ocasionar en el patrimonio del demandado*”.¹⁴³

La caución por tanto se consagra como una garantía en favor del demandado¹⁴⁴, a través de la cual, se obtiene la cantidad suficiente para responder de los posibles daños

¹⁴³DAMIÁN MORENO, Juan. *Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares. Tomo II*, en: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, MORENO CATENA, Víctor. La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tecnos, Madrid, 2000. Recoge este que la necesidad de prestar caución, es consecuencia de la naturaleza meramente provisional que presentan las medidas cautelares. Respecto de la finalidad para la que es constituida la caución, se pronuncia el Auto de la AP de Castellón (Sección Primera) nº 70/2011, de 31 de octubre ECLI:ES:APC:2011:70: “*la caución se instaura con la finalidad de garantizar daños y perjuicios, que la respuesta rápida y efectiva de las medidas cautelares, pudiera ocasionar dentro del patrimonio del demandado...*” STC nº 259/2007, de 19 de diciembre RTC2007/259, es por ello que, se exige el ofrecimiento y prestación de caución, regulado en el art. 728 LEC que contiene que: “*el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera ocasionar al patrimonio del demandado*”.

¹⁴⁴CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil...* op., cit. pág. 284. El mismo señala que, es mucho más equitativo que soporte el daño causado la parte que provocó en el proceso la resolución en su propio beneficio y que finalmente resulta injustificada, que la otra parte que no hizo nada para recibir dicho daño y que no tiene la obligación de hacer nada para evitarlo.

y perjuicios¹⁴⁵, para el caso en que, se considere que la medida cautelar solicitada carece de fundamento y finalmente, sea revocada debido a que se dé la desestimación de la pretensión sobre la que se había constituido¹⁴⁶.

Para PÉREZ DAUDÍ se entiende como concepto de caución, aquella garantía que se considera como un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad, que se une al crédito para así reforzar la seguridad del acreedor de que su interés finalmente será satisfecho. Para el mismo existen dos tipos de caución: real y personal. La caución será real cuando se concede al acreedor un *ius persecuendi* contra una cosa concreta y determinada, siendo en cambio personal, cuando se traba el patrimonio de otra persona al cumplimiento de la obligación de forma subsidiaria, esta se denomina fianza y la encontramos regulada dentro del CC en su art. 1822.

En este último caso existe cierto inconveniente, puesto que, este tipo de aseguramiento, amplía de forma cuantificada la satisfacción, pero no lo hace de forma cualitativa, ya que dos personas comprometen la totalidad de sus bienes al pago de la deuda. En el caso de la prestación de fianza, existe cierto inconveniente puesto que, este tipo de aseguramiento amplía de forma cuantificada la satisfacción, pero no lo hace de forma cualitativa, ya que dos personas comprometen la totalidad de sus bienes al pago de la deuda. Lo que implica que en el momento en el que el acreedor requiera el pago de la deuda, los obligados de la misma devengan insolventes, lo que demuestra que acudir al aseguramiento de carácter personal como vía para garantizar el pago de los bienes, resultaría del todo insuficiente, ya que, de este modo el acreedor no podría atacar

¹⁴⁵FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel. *Capítulo I, de las medidas cautelares disposiciones generales...* op.cit., pág. 3298. Expresa que en ningún caso la prestación de dicha fianza, sustituye el *periculum in mora* o la ausencia del *fumus boni iuris*, sino que su finalidad, reside en esa reparación de daños y perjuicios que se pueden causar debido a la que finalmente no se estime la petición, tendiendo así a una posición de las partes más equilibrada, o en condiciones de mejor reparabilidad, dado el limitado alcance con el que es analizadala petición y teniendo en cuenta que finalmente puede ser rechazada.

¹⁴⁶Como bien indica MAGRO SERVET, Vicente. “El alzamiento de las medidas cautelares adoptadas. Supuestos para su concesión”. *Revista Práctica de Tribunales* n° 106 enero-febrero de 2014. Pág.102, puede ser que en ciertas ocasiones, se produzca el levantamiento de la medida cautelar que se había solicitado, debido a que, las circunstancias que en un principio se tuvieron en cuenta para llegar a la adopción de dicha medida, hayan decaído o bien que la resolución judicial que resuelve la pretensión que se desarrolla dentro del proceso principal y que era el motivo por el cual se hacía la petición de dicha medida, hace que finalmente sea ineficaz e innecesario mantenerla.

aquellos bienes que hayan salido de la esfera jurídica del deudor, todo ello con independencia del número de personas que estén obligadas en este caso¹⁴⁷.

3.3.2. Naturaleza jurídica de la caución.

Son varios los autores que se han pronunciado a lo largo del tiempo sobre la consideración en cuanto a la naturaleza jurídica de la caución, existiendo una parte de la doctrina que la entiende como una medida cautelar más y otra parte doctrinal, que la considera como un presupuesto procesal¹⁴⁸ más.

CALAMANDREI la denomina “caución procesal”, la cual, consiste en una imposición por parte del tribunal de una garantía que asegurará de forma preventiva un eventual derecho al resarcimiento de daños, si es que finalmente, en el proceso definitivo, la medida cautelar se revoca a favor de la parte que ha soportado la ejecución¹⁴⁹. Sigue la misma línea argumental CHIOVENDA quien entiende que, la caución opera como una cautela de la cautela o contracautela. Esto es, si la tutela cautelar cumple la función de prevención de los daños que pueden ocasionarse durante el tiempo que transcurre hasta la resolución definitiva del proceso principal, de manera que la caución que debe prestar el actor cautelar sirve para asegurar el resarcimiento de los daños¹⁵⁰ que podrían causarse al cautelado, lo que establecería equilibrio entre las partes.¹⁵¹

¹⁴⁷PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Las medidas cautelares en el proceso civil...op.*, cit., pág.109. Siendo consciente de este problema el legislador, prohibía la constitución de una garantía personal, salvo que se tratara de un aval bancario por la solvencia de las entidades bancarias y sistema de control al que son sometidas por el Banco de España (art. 137.4 LP), y cuando admitía a trámite este tipo de caución en estos casos, lo hacía dejándolo subordinado a la responsabilidad personal del juez. Aunque cabe destacar que la LEC no contempla su prohibición.

¹⁴⁸Como indica VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares...op.*, cit. pág. 245, Existe un sector doctrinal, que considera que la contracautela sobre la que hablan algunos autores, no se pueden considerar como medidas cautelares, sino que más bien deberían considerarse como presupuestos de la ejecución o de la efectividad de las medidas cautelares que se han adoptado con anterioridad. Entendiendo que en ciertos casos el previo ofrecimiento de la fianza opera como presupuesto de concesión de la medida cautelar.

¹⁴⁹CALAMANDREI, Piero. *Caracteres de las Providencias Cautelares*, en: DE CRISTOFANO, Marco (Dir), AGURTO GONZÁLES, Carlos Antonio, QUEQUEJANA MAMANI, Sonia Lidia, VALVERDE GONSÁLES, Manuel Enrique (Coord.), *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018, págs.63 y 64. Se entendía que se trata de una medida cautelar singular, ya que asegura el resarcimiento de daños y perjuicios para el caso en el que la medida provisoria fuera revocada en el juicio definitivo.

¹⁵⁰La determinación de dichos daños y perjuicios, requiere de la tramitación que legalmente corresponda, pero no puede interesarse tal medida en el marco de una ejecución forzosa de una sentencia absolutoria sin ningún tipo de pronunciamiento de condena relativo a tales daños y perjuicios, de forma que viene obligado a acudir a un procedimiento para depurar la responsabilidad en la que haya podido incurrir el solicitante de las medidas cautelares, que seguirá los tramites contemplados en los arts. 712 y

SERRA DOMÍNGUEZ, considera que la caución se constituye en una carga procesal que deberá ser cumplida por el solicitante de la medida para que la misma pueda ejecutarse, siendo una situación jurídica procesal a cuya efectiva prestación se condiciona la eficacia de la tutela cautelar¹⁵².

Se trata por tanto según dice el autor RAMOS MÉNDEZ de llegar a la consecución de un equilibrio en las posiciones del demandante y demandado, cuando el *periculum in mora* tiende a objetivarse y debe graduarse de una forma adecuada. Este requisito tiene que dejar de ser un mero *flatus vocis* cuando de verdad se han producido daños con las medidas, y que de este modo la parte gravada los recupere sin que esto conlleve un gran esfuerzo por su parte. Es por tanto como dice OSORIO ACOSTA, que podemos considerar la caución como un presupuesto indispensable para que puedan ejecutarse las medidas cautelares que se soliciten dentro del proceso¹⁵³.

Explica MONTERO AROCA¹⁵⁴ que la LEC hace referencia al término “caución suficiente”, haciéndose una configuración cuantitativa y cualitativa de la misma. Desde un punto de vista cuantitativo, la determinación de la caución le corresponde al tribunal, si bien se establecen unas bases para su cuantificación, como se recoge en el art. 728.3 LEC, en cuanto a la naturaleza y contenido de la pretensión y valoración que se realice sobre el fundamento de la pretensión. Sin embargo, en ciertas ocasiones los perjuicios son bienes más difíciles de cuantificar o que incluso llegan a carecer de valor patrimonial, y pese a ello ser conveniente la caución.

ss LEC. MAGRO SERVET, Vicente. “El alzamiento de las medidas cautelares adoptadas. Supuestos para su concesión”. *Revista Práctica de Tribunales* nº 106 enero-febrero de 2014. Pág. 105.

¹⁵¹PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Las medidas cautelares en el proceso civil...* op., cit. pág.109. La postura doctrinal por la que optan CHIOVENDA y CALAMANDREI siguen la misma línea argumental, ya que ambos defienden la caución actúa como una contracautela, debido a que asegura la indemnización de los eventuales daños y perjuicios que pudieran ocasionarse en el caso de que la pretensión perseguida finalmente sea desestimada, afectando de este modo a la efectividad de las medidas cautelares solicitadas respecto de ese proceso principal. Igual concepción sobre la misma entiende GARBERÍ LLOBREGAT, *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...* op.cit., pág. 86, cuando expresa que se trata de una caución preordenada a responder, de manera rápida y eficaz, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiese ocasionar en el patrimonio del demandado.

¹⁵²PÉREZ GAIPO, Julio. *El debido proceso cautelar...* op., cit. págs. 286-288.

¹⁵³OSORIO ACOSTA, Ezequiel. *Requisitos de las medidas cautelares...* op.cit., pág. 73. Se trata de un supuesto que se encuentra recogido dentro de la propia LEC en sus arts. 728.3 y 737, por lo que se debería considerar como un requisito material, y no meramente adjetivo.

¹⁵⁴MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional II...* op.cit., págs. 711 y ss.

Respecto a este apartado de la Ley de Enjuiciamiento Civil, PÉREZ GAIPO entiende que, la caución no *essensu stricto*, presupuesto de la tutela cautelar, es decir, el tribunal deberá apreciar en conjunto el *fumusboni iuris*, *periculum in mora* y la *proporcionalidad*,¹⁵⁵ para adoptar la tutela cautelar, entendiendo la caución por tanto como un elemento cuyo correcto otorgamiento condicionará la efectividad de la tutela cautelar adoptada¹⁵⁶.

Por lo tanto, a su parecer, los presupuestos procesales deben preexistir al momento en el que se solicite la medida cautelar ante el tribunal, mientras que la caución deberá ofrecerse previamente sin que se deba poner en práctica hasta el momento exacto en el que se dé la ejecución de dicha medida acordada.

En todo caso se hace referencia al ofrecimiento de caución que deberá realizar el solicitante y así lo corrobora el art. 732.2 LEC el cual establece que, en la solicitud de medidas cautelares, habrá de ofrecerse caución especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituir y con justificación del importe que se propone.

Debemos destacar que el Tribunal Constitucional ha consagrado que el derecho a la justicia gratuita no exime de la prestación de la caución¹⁵⁷, dado que la exención supondría una lesión del interés privado del sujeto de la medida¹⁵⁸.

¹⁵⁵Sobre este aspecto cabe destacar el fallo de la SAP de Madrid 90/2004, de 23 de marzo ECLI:ES:AP:2004:90, que en cuanto a lo que a la caución se refiere, considera que: “ *No se trata, empero, de un presupuesto absolutamente independiente, sino complementario del peligro en la mora procesal y de la apariencia de buen derecho. Su solo ofrecimiento no excusa la acreditación del fumusboni iuris ni la justificación de la necesidad de las medidas para posibilitar la efectividad de la resolución concretamente postulada en el proceso principal...*”

¹⁵⁶PÉREZ GAIPO, Julio. *El debido proceso cautelar...* op., cit. págs. 29-290. Destaca en este punto la existencia de numerosas opiniones que, al contrario de la misma, consideran la caución como un presupuesto más de la tutela cautelar, sin llegar a hacer dicha distinción. Así, HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, op. cit., p.232; ORTELLS RAMOS, “La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia...”, op. cit.; p. 627; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Civil*, t. II, op. cit., p. 493; CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, op., cit., pág. 179; o PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, op., cit. pág.110.

¹⁵⁷Así lo afirma la STC 202/1987, de 17 de diciembre (RTC 1987,202): “Se dice por el recurrente que no es razonable exigir a un litigante, con derecho de justicia gratuita reconocido, la prestación de una fianza de 25.000.000 ptas., porque hace inútil e impide el ejercicio de su derecho...”

¹⁵⁸En este sentido establece BARONA VILAR, Silvia, *Las medidas cautelares: introducción...* op., cit. pág. 26, que dicha exención de la responsabilidad en los casos en los que se facilita la justicia gratuita, supondría en todo caso, una importante lesión en el interés privado del sujeto pasivo de la medida. En la misma línea conceptual se posiciona GARBERÍ LLOBREGAT, José (ir.) *Parte general, Medidas cautelares...* op.cit. pág. 88, cuando recoge que Es por tanto que entiendo que no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva la necesidad de que se preste una caución de cuantía elevada, aunque el solicitante de la medida cautelar carezca de recursos económicos suficientes para prestarla, sino únicamente cuando esta cuantía sea de carácter desproporcionado o irracional.

Señala FERNÁNDEZ LÓPEZ que existen diversos tipos de caución regulados tanto en el art. 64 LEC, el cual contempla que, la prestación de caución para la suspensión del procedimiento principal producida esta por la alegación previa de la declinatoria y la caución que se presta para la ejecución de carácter provisional y el art. 529.3 LEC que establece que, la caución podrá constituirse en dinero en efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad que se trate.¹⁵⁹

3.3.3. Ofrecimiento y prestación de la caución.

Podemos entender que la caución se divide en dos momentos procesales diferentes, que consisten en primer lugar el ofrecimiento de caución por parte del demandante¹⁶⁰ y en segundo lugar, la constitución de la caución por parte del mismo.

Haciendo referencia a este primer momento de ofrecimiento de la caución¹⁶¹, debemos destacar lo contemplado en el art. 732.3 LEC, el cual recoge que en el momento en el que se solicitan las medidas cautelares, el demandante en su escrito de

Cabe hacer mención a la STC 202/1987, de 17 de diciembre ECLI:ES:TC:1987:202 en la cual se recoge en su fundamento quinto: “ No juega, por tanto, aquí la capacidad económica del actor, al menos con más intensidad que la valoración del perjuicio que pueda sufrir el demandado, sino propiamente ese perjuicio, porque hay que tener en cuenta que, en la mayoría de los casos, frente a la presunción legal de firmeza del derecho del titular inscrito, lo que se opone por el actor es una pretensión en principio no inscribible y generalmente calificable de derecho expectante o al menos sujeto a discusión. Es ese interés concretado en el eventual perjuicio el que el Juez ha de ponderar, junto con las demás circunstancias, entre las cuales, como se razona en el Auto impugnado, la de la cuantía discutida en el proceso (cien millones de pesetas), que motivó, en definitiva, la fijación de la fianza de veinticinco millones.”

¹⁵⁹FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: “Los tipos de caución, la caución de las medidas cautelares”, *Práctica de Tribunales*. °50, 2006, pág. 43. Señala OSORIO ACOSTA, Ezequiel. *Requisitos de las medidas cautelares...* op.cit. pág. 74, que lo importante en la elección por parte del actor del tipo de caución que quiere aportar, es que se garantice mediante esta, la disponibilidad inmediata de la cantidad de que se trate, puesto que la caución se constituye para dar una respuesta rápida y efectiva de aquellos daños y perjuicios que eventualmente se pueden ocasionar a la persona demandada. Explica CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel. “Casuística sobre la caución en la ejecución forzosa provisional”. *Revista de derecho procesal civil y mercantil*, n°30, septiembre 2006, pág. 9, que ambos artículos tienen un contenido prácticamente idéntico, ya que simplemente se diferencian en que el art. 64 LEC utiliza la expresión otorgarse y el art. 529 LEC, la expresión constituirse. Ambos establecen un principio básico sobre la forma de otorgar o constituir la caución procesal, cual es el de su efectividad y disponibilidad.

¹⁶⁰Como indica ARMENGOT VILAPLANA, Alicia: “La caución. Presupuesto para la adopción de medidas cautelares”, *Revista de derecho procesal civil y mercantil*, n° 30, 30 septiembre 2006, pág. 19, la caución constituye uno de los presupuestos necesarios para la concesión de la tutela cautelar, no siendo presupuesto para su ejecución.

¹⁶¹La jurisprudencia considera indispensable el ofrecimiento de caución y así lo recoge en el auto de la AP de Madrid n° 35/2012, de 10 de febrero (JUR 2012/96704)

petición habrá de ofrecer la prestación de la caución, especificando de que tipo o tipos se ofrece a constituir la y con justificación del importe que se propone. Destacando también lo recogido por el art. 735.2 LEC, que contempla que uno de los contenidos contemplado por el auto judicial por el cual se decreten las medidas cautelares, debe contener de forma especificada la determinación de la forma, la cuantía y el tiempo en el que la caución debe prestarse por parte del solicitante¹⁶².

Esto pone de manifiesto el carácter de responsabilidad única del demandante en cuanto a la solicitud de las mismas¹⁶³ contemplado en el art. 721.1 LEC, el cual recoge que, bajo su responsabilidad todo actor, principal o reconvencional, podrá solicitar del tribunal, la adopción de medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial efectiva que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare¹⁶⁴.

En ciertas ocasiones la obligatoriedad de otorgamiento de caución por parte del solicitante, no es indispensable para que surja la efectividad de la cautela que decrete el tribunal. Como en aquellos procedimientos en los que se ejercite una acción en defensa de intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

En el art.737 LEC se establece que la prestación de la caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada. Es por tanto que, en el momento en el que el demandante vaya a realizar la solicitud de las medidas cautelares, deberá proponer la cuantía de la caución, siendo el tribunal el que de forma libre y sin estar vinculado por esta proposición¹⁶⁵, decidirá mediante providencia sobre

¹⁶²GARBERÍ LLOBREGAT, *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...* op.cit., 87. Como consecuencia de ello el efectivo ofrecimiento de prestación de caución en un futuro, se ha convertido en presupuesto de ejecución de la medida ya adoptada judicialmente.

¹⁶³OSORIO ACOSTA, Ezequiel. *Requisitos de las medidas cautelares...* op., cit. pág. 72. SE entiende por esta diferenciación de dos momentos en el otorgamiento de caución que, en el primer momento solo se exige al demandante el ofrecimiento de caución para sufragar los daños que pueda ocasionar la medida cautelar solicitada, y en el segundo momento, ya sería necesario que se constituya la caución por parte del mismo para ejecutar la medida cautelar, ya que en este momento el Tribunal ya habría accedido a su adopción. Podemos entender que de este modo la Ley ha querido que el demandante manifieste desde el primer momento que sabe y entiende que la solicitud de las medidas cautelares, lo son bajo su absoluta responsabilidad.

¹⁶⁴OSORIO ACOSTA, Ezequiel. *Requisitos de las medidas cautelares...* op., cit. págs. 72 y 73. Entiende el autor que, por tanto, el simple ofrecimiento de caución constituye una declaración de voluntad del demandante, de que está dispuesto a hacer frente a la reparación de los daños y perjuicios que la medida cautelar adoptada puede generar.

¹⁶⁵Así lo señala el AAP de Toledo nº 19/2005, de 15 de marzo (AC 2005/757): “Esa delimitación de la caución con la solicitud no vincula al Juez quien la juzgará atendiendo a la precisa

la idoneidad y suficiencia del importe de la caución. Por lo tanto, será siempre el tribunal quien decida sobre el tipo y la cuantía de la prestación¹⁶⁶. Debemos tener en cuenta, que dicha cuantificación de la caución no puede convertirse en un mercadeo sobre el alcance de la misma, ya que es por Ley, que el demandante siempre debe justificar la cuantía que proponga¹⁶⁷.

Señala GÓMEZ COLOMER que como presupuesto previo a la ejecución definitiva de la medida cautelar, es la prestación de la caución. Una vez hecho esto, la medida se ejecutará de oficio, y no a instancia de parte, inmediatamente, empleando para ello los medios que fuesen necesarios, incluso los que están previstos para la ejecución de sentencias como recoge el art. 738.1 LEC, por tanto, conforme a su naturaleza, afectando esto a todas las medidas cautelares, tanto las del art. 726 como las del art. 727 LEC¹⁶⁸ con algunas precisiones establecidas por la Ley.

3.3.4. ¿Cabe la subsanación de la falta de ofrecimiento de caución?

Existen diversas opiniones jurisprudenciales dispares¹⁶⁹, en cuanto a determinar si la omisión del ofrecimiento de la caución por parte del solicitante de la medida cautelar constituye un defecto subsanable o no. No existe unanimidad en la Audiencias Provinciales, es por esto que, para algunas esta cuestión si sería subsanable¹⁷⁰ y para

«suficiencia» para hacer frente de manera rápida y efectiva a los daños y perjuicios ocasionales en el patrimonio del demandado.”

¹⁶⁶Respecto a esto señala ASECIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal...* op.cit., pág. 135, que la caución se determinará por el Tribunal en vista del valor que presenta el objeto del proceso principal y su fundamento, es decir, el *periculum in mora*.

¹⁶⁷OSORIO ACOSTA, Ezequiel. *Requisitos de las medidas cautelares...* op.cit. pág. 74. Para realizar dicha justificación de la cuantía propuesta para la caución, debe dejar constancia del carácter más o menos invasivo que tendrá la medida cautelar solicitada dentro de la esfera jurídica privada del afectado, realizando una comparación con otras medidas cautelares que pudieran ser más gravosas que la solicitada por el mismo.

¹⁶⁸GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: “El novísimo procedimiento cautelar civil”. *Justicia*, 2001, Nº2-4, págs.23. Estas precisiones son en cuanto al embargo preventivo, la administración judicial de bienes, la anotación preventiva de la demanda y como nota especial a destacar, la prohibición de la enajenación que rige para depositarios, administradores judiciales o responsables de bienes y derechos, sobre los mimos, mientras no sea autorizado por un órgano judicial, concurriendo circunstancias tan excepcionales que resulte gravoso más gravosa para el patrimonio del demandado la conservación que la enajenación.

¹⁶⁹GARBERÍ LLOBREGAT, José (Dir.). *Parte general, Medidas Cautelares...* op., cit., págs. 87 y ss.

¹⁷⁰Bien es cierto, que a pesar de las contradicciones existentes en cuanto a la consideración de la falta de ofrecimiento de caución como subsanable o no, la mayor parte de la doctrina se ha posicionado a favor de la subsanación, y así lo demuestran diversas resoluciones jurisprudenciales: Auto de la AP de Madrid nº 131/2008, de 16 de mayo (JUR 2008/213763) el cual considera que debe revocarse el auto que revocaba la adopción de la medida cautelar solicitada por el demandante, debido a la falta de ofrecimiento

otra no¹⁷¹. Otra cuestión que se ha planteado es hasta qué momento se puede subsanar la falta de ofrecimiento de caución, al respecto señala PÉREZ DAUDÍ¹⁷², el pronunciamiento del AAP de Barcelona nº 152/2007, de 29 de junio de 2007 (JUR 2007\292666) en el que el demandado plantea la falta de ofrecimiento en el momento del inicio de la vista. El tribunal, en la resolución indicada afirma que *“se trata de una omisión que bien pudo ser subsanada en ese acto pero que no lo fue, lo que debe conducirnos al rechazo de la solicitud de tutela cautelar, puesto que la expresión de la clase y cuantía de la caución que ofrece el solicitante constituye un requisito insoslayable de la toma en cuenta de la pretensión cautelar (es parte esencial del debate contradictorio inspirado en el principio dispositivo: el solicitante ofrece una determinada caución, cuantitativa y cualitativamente; el demandado puede rebatir ese ofrecimiento y finalmente el auto del órgano jurisdiccional se pronuncia sobre la “forma, cuantía y tiempo en 4 que deba prestarse caución”), sin el cual no cabe siquiera entrar en el análisis de los restantes presupuestos”*.

GARBERÍ LLOBREGAT¹⁷³ considera al respecto, que en lo que debemos fijarnos no es en el carácter de subsanable o no, lo realmente importante radica en la imposibilidad jurídica de ejecutar la medida cautelar acordada por el tribunal sin que el interesado preste efectivamente la caución que se le haya impuesto (art. 737 y 738 LEC).

de caución, ya que considera el Tribunal que es un error subsanable. En la misma línea el AAP de Cuenca nº 26/2011, de 12 de abril (JUR 2011/215599): *“Esta sala estima correcta, en términos generales, la subsanación, por entender que no es un requisito para la constitución de las medidas cautelares”*. También se pronuncia a favor de la subsanación el AAP de Castellón nº 196/2003, de 30 de junio JUR 2004/11667.

¹⁷¹Para una parte doctrinal no se puede subsanar la falta de ofrecimiento de caución en el momento exigible por ley. El Auto de la AP de la Rioja nº 30/2011, de 28 de marzo (AC 2011/479) señala que: *“no se trata de un mero requisito de forma susceptible de subsanación, sino de índole material, cuya ausencia no puede subsanarse, y debió haber dado lugar al rechazo de la pretensión, sin necesidad de señalamiento de vista...”*

¹⁷²<http://www.icab.cat/files/242-232154-DOCUMENTO/PÉREZ%20Daud%C3%AD,V-01-12-2010-%20mmcc%20Barcelona%202009.pdf> (consultado a fecha de 8 de agosto de 2020).

¹⁷³GARBERÍ LLOBREGAT, José (ir.) *Parte general, Medidas cautelares...* op., cit. pág. 88. Por lo tanto, se dé o no un ofrecimiento formal previo, lo único importante es si la caución fijada judicialmente al adoptar la medida cautelar se presta o no se presta por el sujeto beneficiario.

3.3.5. Finalidad de la caución.

La finalidad que tiene el otorgamiento de caución consiste en asegurar al cautelado el resarcimiento por el perjuicio que se le pueda ocasionar en el caso de que la sentencia del proceso principal no reconozca la pretensión del demandante, declarándose la demandad infundada. Por este motivo el demandado que sufra la cautela podrá solicitar una indemnización por los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado debido a dicha cautela. Por tanto, el autor PÉREZ GAIPO entiende que existe en cierto modo una relación entre el *fumusboni iuris* y la caución, porque mientras mayor sea la convicción acerca del derecho que sustenta la medida cautelar, menor será la cuantía de la caución, y en caso contrario, la caución que determine el órgano judicial será mayor si no se acredita fehacientemente el aparente derecho con el que solicite la tutela cautelar.

Como ya se ha mencionado anteriormente, lo que se pretende con la caución es la existencia de cierto equilibrio entre las partes que se encuentran dentro del proceso. Es por ello que, se establecen unas condiciones para la reparación de los intereses del cautelado, partiendo del limitado alcance de la cognición sobre la solidez de la posición de las partes procesales, que, en muchas ocasiones, será modificada durante el proceso. En este sentido la caución se mueve en un estrecho margen, puesto que entendemos que no puede ser excesiva, ya que se estaría negando a una de las partes el derecho al acceso al debido proceso cautelar, pero, desde otro punto de vista, no considerar la misma supondría la desprotección del demandado y la violación del principio de indemnidad de las tutela, pues en el caso de que finalmente tenga razón, el proceso habrá supuesto un daño para él, ya que no se podría dar el resarcimiento de los daños que se hubieran producido dentro de su patrimonio¹⁷⁴.

¹⁷⁴Señala la doctrina del Tribunal Constitucional en la STC 45/2002, de 25 de febrero, ECLI:ES:TC:2002:45 en sus fundamentos jurídicos 2º y 3º: “No es competencia de este Tribunal sustituir a los órganos de la jurisdicción ordinaria en la fijación de la cuantía de las que deben prestar los litigantes para el ejercicio de las correspondientes acciones legales. Así pues, en la vía del amparo, su función se limita al control de la arbitrariedad e irrazonabilidad de las decisiones judiciales en la materia, con el fin de valorar, desde la perspectiva del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE, si la cuantía de la fianza impuesta por los tribunales en el caso satisface el canon de razonabilidad o, por el contrario, resulta desproporcionada en relación con los medios económicos de quien deba prestarla, erigiéndose de este modo en un impedimento u obstáculo insalvable para el ejercicio de la acción lo que conduciría, en la práctica, a la indefensión”. “El TC considera también en dicha sentencia que deberá tenerse en cuenta la capacidad económica del demandante, puesto que si se diera la exigencia de una caución que hiciera impracticable el ejercicio de su derecho de defensa, impidiéndole contestar a la demanda y oponerse a la pretensión del actor, podría constituir una privación del derecho a la tutela judicial efectiva que vulneraría el art. 24.21 CE, al impedir el acceso del mismo al proceso sumario en el que le ha situado la contraparte”.

El juez determinara libremente el monto de la caución, aunque, conforme al art. 728.3.II LEC, se le aconseja que tenga en cuenta varios factores. Debe atender a la naturaleza y contenido de la pretensión y la valoración que se realice sobre el fundamento de la solicitud de la medida. Los criterios de cuantificación de la caución por lo tanto, se pueden individualizar en la relatividad y en los daños y perjuicios que afectado por la efectividad de la medida cautelar¹⁷⁵

3.3.6. Caución sustitutoria.

En este caso estamos ante una figura un tanto diferente a la caución como aseguradora de la reparación de los daños que puedan ocasionarse al deudor. Dicha figura se encuentra contemplada dentro del art. 746 LEC, el cual recoge que, la finalidad de la misma no es otra que asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia¹⁷⁶.

Señala AMERGOT VILLAPLANA que dicha sustitución por la caución, puede ser alegada por el demandado en el acto de la vista del procedimiento cautelar, como una de las modalidades de defensa, pues la estimación de la misma implicaría situarle en una situación más ventajosa que la de soportar la medida cautelar específica. También se podrá alegar en el incidente de oposición a la medida cautelar sin previa audiencia; y podrá también instarse en cualquier momento posterior a la adopción y ejecución de la medida cautelar, iniciado ya el procedimiento que viene recogido en el art. 747 LEC.

Para la jurisprudencia dicha medida es considerada como menos perjudicial para el demandado, que si se adoptara una medida cautelar específica, así lo demuestra en la AAP de Madrid 11272/2005, de 12 de diciembre, ECLI:ES:APM:2005:11272A, la cual recoge: *“Para el caso de que se acordase la medida (de administración judicial), el*

¹⁷⁵Es por tanto que PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Las medidas cautelares en el proceso civil...* op.cit., pág. 120, no incluye dentro de los criterios la naturaleza y contenido que presenta la pretensión, puesto que, entiende que es causa de los daños y perjuicios, debido a que, los mismos dependen de la mayor o menor injerencia que realice la pretensión dentro de la esfera jurídica del demandado. Advirtiendo además que en la práctica las partes no suelen llevar a cabo grandes alegaciones sobre la caución, sino que, simplemente se limitan a ofrecerla para de este modo cumplir con lo establecido en el art. 728 LEC. Cabe destacar además que en las resoluciones judiciales no suele motivarse las razones por las que se ha llevado a cabo la cuantificación de la caución que aparece en el auto dictado, lo que contribuye a la existencia de una gran disparidad judicial.

¹⁷⁶ARMENGOT VILAPLANA, Alicia. “La modificación y el alzamiento de las medidas cautelares” ...op., cit.. Pág. 16. Se trataría por tanto de coaccionar al demandado para que se comporte de tal modo que no perjudique ni dificulte la efectividad de la sentencia. Existen algunas sentencias donde se muestra la disconformidad de la adopción de este tipo de figura, como es el caso del AAP de Madrid nº 106/2006, de 23 de marzo (JUR 2006/182109) que confirma un auto del Juzgado de Primera Instancia que se había recurrido porque no permitía la modificación de la adopción de una medida cautelar por una caución sustitutoria, debido todo ello a que el Tribunal considera que no se aseguraría el fin último que sí aseguraría la medida cautelar que se adoptara.

demandado pide su alzamiento y, en su lugar, se fije la caución sustitutoria, lo que supone enervar la medida de administración judicial, y sustituirla por otra medida cautelar; la caución que no es otra cosa que una medida cautelar...”

Indica FERNÁNDEZ LÓPEZ que el hecho de que se acuerde finalmente la adopción de una caución sustitutoria, ni implica que haya de cancelarse la caución que ha sido prestada por parte del demandante, ya que sigue siendo del todo necesaria su concurrencia, para garantizar los daños y perjuicios que puedan llegar a ocasionarse dentro del patrimonio del demandado. La misma podrá prestarse en cualquiera de las formas que prevé el art. 529 LEC y no cabrá recurso contra ella según se recoge en los arts. 747.2 y 3 LEC¹⁷⁷.

¹⁷⁷FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: “La caución en las medidas cautelares” ...op., cit. pág. 45.

CONCLUSIONES

Después de un estudio exhaustivo de todo el material citado tanto en la bibliografía como en la jurisprudencia que aparece en este trabajo, las conclusiones a las que puedo llegar son las siguientes:

CONCLUSIÓN PRIMERA: Modificaciones en cuanto a la legislación de la LEC.- Pienso que uno de los mayores problemas que existen en la actualidad dentro de la celebración de procesos, es la gran dilación que experimentan las partes litigantes, desde el momento en que este se inicia, hasta que obtienen una sentencia final; y que por ello revestía vital importancia la creación de ciertos mecanismos procesales para de este modo atajar la acuciante necesidad de otorgar de efectividad el resultado que se dé en los mismos. Es por tanto, que la institución procesal de las medidas cautelares ya venía contemplada dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, pero con grandes defectos, ya que era del todo escueta y desorganizada.

Para resolver dicha deficiencia, se creó la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la cual contiene gran cantidad de similitudes con la anterior Ley de 1881, pero dotando a dicha institución de unidad y coherencia, estableciendo un sistema de medidas cautelares mucho más completo y ordenado, que permitiera la eficacia buscada con el mismo, contemplado dentro del Libro III, Título IV, en sus arts. 721 a 747 LEC.

Para conseguir dicha mejora, la actual Ley introdujo diversas reformas, tales como la preservación de los derechos de las partes procesales, mediante la regulación de ciertas garantías constitucionales, como la contemplada dentro del art. 24.1 CE donde se recoge el derecho a la tutela judicial efectiva, del que se deriva, aunque no se contemple de forma directa dentro de dicho precepto, el derecho a la obtención de medidas cautelares, intrínsecamente contemplado dentro de la propia tutela judicial efectiva, como se ha pronunciado la jurisprudencia en multitud de ocasiones.

Pienso que las reformas realizadas en varias ocasiones hasta llegar a la actual regulación, eran del todo necesarias para adaptarse a los nuevos tiempos que corren, puesto que carece de sentido la presencia de leyes anacrónicas y con grandes desestructuraciones dentro de nuestro ordenamiento jurídico actual. Bien es cierto, que llama mi atención el flaco favor que se hizo cuando se introdujeron dentro de la institución de las medidas cautelares muchos de los contenidos que ya existían dentro de la Ley de 1881, debido a la gran falta de sistematización de la misma, ya que creo que esto ha derivado en la actualidad en la existencia de cierto anclaje en la forma de pensar respecto de la ley anterior.

Como estudiante, no tengo mucho conocimiento sobre esto, pero debo afirmar que después del estudio de la bibliografía que he realizado y haciendo un balance sobre las diferencias existentes en la regulación de dicha institución entre las leyes anteriores y la actual, este puede considerarse del todo positivo, puesto que, la redacción de esta ley, supuso un gran avance a la hora del establecimiento de una regulación genérica para la aplicación práctica de dichas medidas, a través de un proceso único para su tramitación ante los tribunales.

CONCLUSIÓN SEGUNDA: Aproximación al concepto y finalidad de las medidas cautelares. Las medidas cautelares vienen definidas dentro del art. 721 LEC como aquellas actuaciones que tienden a garantizar una eventual sentencia estimatoria, existiendo las mismas en relación con el proceso principal que se esté celebrando. Es decir, su finalidad consiste en garantizar el derecho del demandante, evitando que se produzcan daños durante la pendency del proceso y de este modo, dotar de eficacia la eventual resolución definitiva que se dicte por el Tribunal.

Considero que para realizar una buena defensa de los intereses del demandante, es de vital importancia la presencia de esta tutela cautelar, ya que no se podría de otro modo llegar a la consecución de la efectividad de la jurisdicción, puesto que si no existiese la concurrencia de las medidas cautelares, no sería posible el derecho a la tutela judicial efectiva, es por ello que, la tutela cautelar se ha convertido en una institución que se ha ido arraigando en nuestro Ordenamiento Jurídico, creándose una cultura cautelar mucho más fuerte y que es de vital importancia, en tanto en cuanto, supone una mayor defensa de los intereses de la parte actora. Pudiendo adoptarse la misma, siempre y cuando se justifique que, durante la pendency del proceso, puedan darse situaciones que, de no impedirse con la adopción de medidas cautelares dificultaran o negaran la efectividad de la tutela que se pueda otorgar en la sentencia, según contempla el art. 718.1 LEC.

CONCLUSIÓN TERCERA: Anclaje constitucional. -Considero que una de las aportaciones más importantes que abordó la actual Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, fue la introducción de un amplio sistema de medidas cautelares garante de los derechos de las partes procesales, ya que cuando con la adopción de las mismas, se pretende la consecución de una sentencia estimatoria, esto debe hacerse respetando una serie de derechos que se encuentran intrínsecos en la CE.

En mi opinión lo más importante para que pueda celebrarse un proceso en un sistema social y democrático de derecho en el que nos encontramos, es que exista un sistema que garantice los derechos del demandante, por lo que debe otorgarse vital importancia al derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el art. 24.1 CE, debido a que todos tenemos derecho a acceder a la justicia con una serie de garantías, y la tutela judicial efectiva, no es tal sin medidas cautelares adecuadas que

aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso. Por tanto, considero que, aunque el derecho a obtener medidas cautelares no venga contemplado dentro de la propia CE, deberíamos considerarlo implícito dentro del propio derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, puesto que ¿para qué serviría el derecho a acceder a la defensa de nuestros intereses ante un tribunal, sin que mediara de igual modo el derecho a su protección mediante ciertos mecanismos que aseguren su efectividad? Pienso que la jurisdicción en su art. 117. 3 CE tiene asignado como contenido, no solamente la satisfacción del derecho a la justicia mediante el ejercicio de las funciones de declaración y de ejecución, sino que la justicia cautelar es del todo necesaria, puesto que la impartición de justicia o de tutela jurídica, no se propone lograr fines simplemente teóricos, que no siempre puede alcanzar con los instrumentos de que se dispone en ambos tipos de proceso, siendo preciso, para que así suceda, acudir a la tutela cautelar.

CONCLUSIÓN CUARTA. - Principios que median dentro del proceso. Considero que es muy importante garantizar la efectividad de la sentencia estimatoria que en su día se dicte, pero siempre y cuando se mantenga un equilibrio entre la legalidad y la justicia que se pretende tutelar, por lo que es del todo necesario que se asegure la concurrencia de una serie de principios durante el desarrollo del proceso, debido a que supone el aseguramiento de una serie de garantías para ambas partes procesales, cuya concurrencia reviste gran importancia para mantener un Ordenamiento Jurídico coherente.

Respondiendo al principio de oportunidad y dispositivo, regirán la instancia de parte y la aportación de parte, puesto que de otro modo no será concedida por el Tribunal la medida cautelar que se solicite; a excepción de lo contemplado en el art. 721.2 LEC donde se regula la adopción de oficio para ciertos casos especiales.

Por otro lado, deberá existir el principio de igualdad, de contradicción y de dualidad, ya que ambas partes procesales constan de los mismos derechos y obligaciones, y dichos principios se constituyen con la única finalidad de garantizarlos, todos ellos contemplados dentro de los arts. 733 y 734 LEC.

CONCLUSIÓN QUINTA: Características. -Los caracteres esenciales de las medidas cautelares, vienen regulados dentro del art. 726 LEC. Considero que por la notable importancia que presentan las medidas cautelares para los intereses del demandante y los posibles daños que pueden causar en la esfera privada del demandado, es por lo que las mismas solo puede ser otorgadas por la autoridad judicial. Además después de todo el estudio que he realizado sobre la bibliografía señalada en este trabajo, entiendo que dichas medidas cautelares únicamente tienen su razón de ser en el

momento en el que existe un proceso donde se intenta garantizar la pretensión que el demandante solicita ante un Tribunal, por lo que son instrumentales puesto que su existencia no tendría lugar sin la concurrencia anterior de un proceso principal en el que sus intereses pueden verse afectados sin la adopción de las mismas.

Por otra parte, pienso que, aunque se esté defendiendo dentro del proceso los intereses del demandante no puede hacerse de cualquier modo y sin tener en cuenta los intereses y derechos del demandado, que puede verse seriamente afectado, por lo que el Tribunal siempre debe velar por la adopción de la medida que resulte menos gravosa para este si fuera posible, durando está el tiempo estrictamente necesario, es decir, hasta que el fin perseguido se cumpla.

Finalmente cabe destacar que en cierto modo las medidas cautelares responden a una anticipación de la ejecución *in natura*, ya que el efecto que tiene su adopción dentro del proceso, es la adaptación a la eventual sentencia que finalmente se dé en este. Es por ello que siempre se ha debatido sobre la existencia de cierta homogeneidad con las medidas ejecutivas, ya que para alcanzar la finalidad que persiguen, se adelantan como medio asegurativo a la resolución final del proceso principal, lo que en realidad no es así, puesto que la finalidad de la tutela cautelar, no solo reside en ejecutar lo contenido en la sentencia, sino en asegurar su efectividad eliminando los riesgos que acechan a la pretensión. Considero que siendo uno de los caracteres fundamentales de las medidas cautelares la homogeneidad con las medidas ejecutivas, es decir, el hecho de que anticipen en gran parte los efectos de la decisión final, resulta evidente que no cabe acordar de forma cautelar medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final.

CONCLUSIÓN SEXTA: Presupuestos procesales. -Cuestión de mayor interés en este trabajo, es el estudio de los diferentes presupuestos procesales que reguló la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 728.1, 2 y que son de obligado cumplimiento, para que se pueda adoptar definitivamente una medida cautelar.

Para asegurar el cumplimiento de la pretensión del proceso, mediante medidas cautelares, el demandante debe probar la existencia de ese derecho que está reclamando en concreto, para que el tribunal con los indicios de los que dispone en ese momento, pueda emitir una valoración de carácter provisional, sin que de ningún modo entre en el fondo del asunto y que pruebe la existencia de los riesgos que concurren durante la pendencia del proceso que pueden afectar a la ulterior efectividad de la sentencia. Pienso que es del todo correcta la exigencia de la acreditación del *fumus* y del *periculum*, como carga de la prueba que recae sobre el demandante para que pueda adoptarse una medida cautelar,

puesto que la adopción de la misma supone como ya se ha mencionado con anterioridad una gran injerencia dentro de la esfera jurídica del demandado, pudiendo provocarle grandes daños y perjuicios. Evitando de este modo, posibles intereses espurios por parte del demandante.

Punto de controversia analizado en este trabajo es la consideración del *fumus* como un juicio de apariencia o como un juicio de probabilidad. Una vez analizadas las diferentes posiciones al respecto, opto por el posicionamiento adoptado por NIEVA FENOLL, considerando que el Tribunal no puede basarse en un mero juicio de probabilidad, puesto que se simplificaría de forma excesiva el objeto de controversia sobre el que versa el juicio, provocando grandes perjuicios de índole material. Siendo otro punto a destacar la existencia de cierto debate doctrinal sobre la imparcialidad del órgano judicial que prejuzga para examinar la concurrencia de este supuesto, considero que, para tener un mayor control sobre dicha imparcialidad, se deberían establecer ciertos mecanismos para que de ningún modo el Tribunal que conoce del asunto en este primer momento pueda tener prejuicios a la hora de establecer la sentencia firme que posteriormente se acabe dictando.

Además, el solicitante de la medida debe prestar garantías para el caso en que se pudiera perjudicar a la parte demandada, prestando en este caso caución. Considero que, aunque no se trate presupuesto procesal como tal, no deja de ser importante, puesto que supone una defensa de los intereses del demandado.

En cuanto a la controversia doctrinal sobre la falta de otorgamiento de caución como un error subsanable o no, considero que debemos entender que esta falta de ofrecimiento en un primer momento debe ser del todo subsanable, en tanto en cuanto, estamos ante un requisito que no es un presupuesto como tal dentro de las medidas cautelares, y siempre que exista cierta proporcionalidad entre el requisito omitido y la consecuencia de la omisión, sin producirse daños en las garantías del demandado. Aunque es cierto que según el estudio realizado por PÉREZ DAUDÍ de diversas sentencias, la mayoría de las veces en las que se deniegan el otorgamiento de medidas cautelares dentro de los Tribunales es por este motivo.

Por todo lo expuesto pienso que la concurrencia de estos requisitos merece la importancia que se les otorga, puesto que, garantizan que, mediante un examen previo por parte de órgano jurisdiccional competente, no se produzcan perjuicios graves o excesos sobre el demandado en caso de que no se dé una clara existencia de ese derecho que se pretende defender y la consecuente concurrencia de un riesgo real de que la pretensión no va a poder ser garantizada.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO SAURA, M^a. Pilar, *Clases de medidas cautelares. Criterios para su adopción. Medidas cautelares sin audiencia previa del demandado*, en: ALONSO SAURA, M^a. Pilar; MONTALBÁN AVILÉS, Andrés. *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2004.

ARMENGOT VILAPLANA, Alicia. “La modificación y el alzamiento de las medidas cautelares”. *Revista Práctica de Tribunales*. Nº 106 enero-febrero de 2014.

ASENCIO MELLADO, José María. “Medidas cautelares. Ajustarse a los tiempos”. *Revista Práctica de Tribunales*. Nº 95 julio-agosto 2012.

ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho procesal civil. Parte segunda. Ley 1/2000*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ASENCIO MELLADO, José María: “Medidas cautelares y eficacia de la Justicia”. *Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*. Nº 10, noviembre de 2004.

BARONA VILAR, Silvia, *Las medidas cautelares: introducción*, en: BARONA VILAR, Silvia, *Las medidas cautelares*. Consejo General Del Poder Judicial. Madrid, 1993.

BARONA VILAR, Silvia. *Capítulo I. De las medidas cautelares, disposiciones generales*, en: BARONA VILAR, Silvia; ESCRIBANO MORA, Fernando (Coord.); FERNÁNDEZ SEIJO, José María; FLORS MATÍES, José, GUZMAN FLUJA; Vicente, MARIMÓN DURÁ, María Consuelo; MORENO CATENA, Víctor; OLIVER LÓPEZ, Carlos; SALINAS MOLINA, Fernando, *El Proceso Civil, Volumen VII, Libro III: arts. 614 a 747 inclusive*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs.5949-6043.

CALAMANDREI, Piero. *Caracteres de las providencias cautelares*, en: DE CRISTOFANO, Marco (Dir); AGURTO GONZÁLES; Carlos Antonio, QUEQUEJANA MAMANI; Sonia Lidia, VALVERDE GONSÁLES, Manuel Enrique (Coord.), *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía y MARTÍN PASTOR, José: “Tutela judicial efectiva, derecho de asistencia jurídica gratuita y medidas cautelares (sobre la caución como presupuesto de la

tutela cautelar civil y el acceso a la misma de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar)”, *Tribunal de Justicia*, nº 3, 2001.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Las Medidas Cautelares indeterminadas en el proceso Civil*. Civitas, Madrid, 1992.

CARRERAS LLANSANA, Jorge. *Las medidas cautelares del art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, en: CARRERAS LLANSANA, Jorge; FENECH NAVARRO, Miguel. *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962.

CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel. “Casuística sobre la caución en la ejecución forzosa provisional”. *Revista de derecho procesal civil y mercantil*, nº30, septiembre 2006.

CHIOVENDA, Giussepe. *Principios de Derecho Procesal Civil, tomo I*. Trad. Casáis y Santaló, Reus, Madrid, 1977.

CORDÓN MORENO, Faustino, *De las medidas cautelares. Capítulo I*, en: CORDÓN MORENO, Faustino; GONZÁLEZ DELECUONA, María Marcos; LÓPEZ HUALDE, Ibón; SÁNCHEZ POS, María Victoria, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Segunda Edición*. Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2012.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal civil parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

DAMIÁN MORENO, Juan. *Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares*, en: DAMIÁN MORENO, Juan; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo II*. Tecnos, Madrid, 2000.

DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos. *Nueva enciclopedia Jurídica Seix, voz. Aseguramiento de bienes litigioso*. Seix Barral, Barcelona, 1951.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Sugerencias sobre el anteproyecto de bases para el Código Procesal Civil, de 1996*, Universidad de Valencia, Valencia, 1996.

FAIREN GUILLÉN, Víctor: “La reforma del proceso cautelar civil español”. *Revista de Derecho Procesal*, 1996, IV.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel. *Capítulo I, de las medidas cautelares disposiciones generales*, en: FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel; RIFA SOLE, José

María, VALLS GOMBAU; José Francisco, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III*. Atelier, Barcelona, 2000.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: “La caución en las medidas cautelares”, *Revista de derecho procesal civil y mercantil*. Nº30, septiembre 2006.

GARBERÍ LLOBREGAT, José (dir.) *Parte general, Medidas cautelares*, en: TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María y CASERO LINARES, Luis. *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento civil: (doctrina, jurisprudencia y formularios)*. Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2004.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: “El novísimo procedimiento cautelar civil”. Justicia, 2001, Nº2-4.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares*, en: *Estudios de Derecho Procesal*, Eunsa, Pamplona, 1974.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares*, en: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo; FAIRÉN GUILLEM, Víctor; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo; GUTIÉRREZ ALVIZ Y ARMARIO, Faustino; GONZÁLEZ DELEITO, Nicolás; MONTERO AROZA, Juan; PÉREZ GORDO, Alfonso; FONT SERRA, Eduardo, GONZÁLEZ MONTES, José Luis; MONTES REYES, Amalia, *El sistema de medidas cautelares*. Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1974.

HERCE QUEMADA, Vicente: “El proceso cautelar”. *Revista de Derecho Procesal*, 1966, IV.

LORCA NAVARRETE, Antonio María, *De las medidas cautelares, disposiciones generales*, en: APARICIO AUÑÓN, Eusebio; GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente; LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Lex Nova, Valladolid, 2ª ed. 2000.

MAGRO SERVET, Vicente. “El alzamiento de las medidas cautelares adoptadas. Supuestos para su concesión”. *Revista Práctica de Tribunales nº 106*, enero-febrero de 2014.

MARTÍ MARTÍ, JOAQUIM: “Las medidas cautelares en los procesos de filiación, paternidad y maternidad del artículo 768 LEC”. *Práctica de Tribunales*, núm.106, enero-febrero 2014.

MARTÍN CASTÁN, Francisco, *De las medidas cautelares, disposiciones generales, Capítulo I*, en: MARTÍN CASTÁN, Francisco; MEDRANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio; FERNÁNDEZ

VAQUERO, Jorge Luis, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo III*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. *Seguridad jurídica y sistema cautelar-teoría de la seguridad jurídica I. Tomo segundo*. Bosch, Barcelona, 1989.

MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia, CALEDRÓN CUADRADO, María Pía, *Derecho jurisdiccional II, Proceso civil. 23ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

NIEVA FENOLL, Jordi. “El elemento psicológico en la adopción de medidas cautelares”. *Revista Práctica de Tribunales*. Nº 106 enero-febrero de 2014.

OLIVA SANTOS, Andrés de la.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime. *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa, procesos especiales: conforme a la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

OMARZÁBAL SANCHEZ, Guillermo, *De las medidas cautelares, Título VI*, en: OMARZABAL SÁNCHEZ, Guillermo; CORDÓN MORENO, Faustino; ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio Javier; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2011.

ORTELLS RAMOS, Manuel, *Cuestiones generales*, en: ORTELLS RAMOS, Manuel; CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*. Comares, Granada, 1996.

ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Jurisdiccional, tomo II, vol. 2ª*, en: MONTERO AROCA Juan, GÓMEZ COLOMER Juan Luis y MONTÓN REDONDO Alberto, Librería Bosch, Barcelona, 1989.

ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho procesal civil*. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2019.

ORTELLS RAMOS, Manuel. *El embargo preventivo*. Librería Bosch, Barcelona, 1984.

ORTÍZ PRADILLO, Juan Carlos: “A vueltas con el ofrecimiento de caución en la solicitud de medidas cautelares”. *La Ley*. Nº 7350. 25 de febrero de 2010.

OSORIO ACOSTA, Ezequiel. *Requisitos de las medidas cautelares*, en: OSORIO ACOSTA, Ezequiel; PÉREZ VALLESPÍN, David. *Las medidas cautelares en el proceso civil español*. Juruá, Lisboa, 2013-2014.

PÉREZ CEBADEER, M^a Ángeles. “Las medidas cautelares inaudita parte. Requisitos concurrentes para acreditar el *periculum in mora*”. *Revista práctica de Tribunales*. N°102 mayo-junio, 2013.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2012.

PÉREZ GAIPO, Julio. *El debido proceso cautelar: nuevas tendencias en la tutela cautelar*. Civitas, Madrid, 2019.

PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto. “La acreditación del peligro de la mora procesal y la apariencia de buen derecho del art. 728 LEC para la concesión de las medidas cautelares”. *Revista Práctica de Tribunales*. N° 106 enero-febrero de 2014.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Civil, Tomo I*. Atelier, Barcelona, 2011.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. J.M. Bosch, Barcelona, 2000.

RAMOS ROMEU, Francisco: “Los presupuestos procesales y la tutela cautelar”. *La Ley*. N° 6538, agosto de 2006.

RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María. “Las medidas cautelares del proceso civil y la mediación”. *Revista Práctica de Tribunales*. N° 107 marzo-abril 2014.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Teoría General de las Medidas Cautelares*, en: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*, Industrias gráficas M. Pareja, Barcelona, 1974.

SOLER PASCUAL, ANTONIO: “Medidas cautelares específicas a adoptar por el Juez de lo Mercantil”. *Práctica de Tribunales*. N° 106, enero- febrero 2014.

TORRES ROSELL, Nuria. *Las medidas cautelares*. Montecorvo, Madrid, 2001.

VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Colex, Madrid, 1993.

WEBGRAFIA:

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbF1jTAAAUNjI3MztlUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA9xEBzzUAAAA=WKE (consultado a fecha de 5 de agosto de 2020).

<http://www.icab.cat/files/242-232154-DOCUMENTO/PÉREZ%20Daud%C3%AD,V-01-12-2010-%20mmcc%20Barcelona%202009.pdf>(consultado a fecha de 8 de agosto de 2020).

JURISPRUDENCIA:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

STC nº 202/1987, de 17 de diciembre ECLI:ES:TC:1987:202

STC nº 202/1987, de 17 de diciembre RTC 1987,202

STC nº 14/1992, de 10 de febrero, FJ 7º ECLI:ES:TC:1992:14

ATC nº 201/1992, de 1 de julio RTC 1992,201

STCnº 238/1992 de 17 de diciembre, ECLI:ES:TC:1992:238

STC nº 1487/1993, de 29 de abril, ECLI:ES:TC:1993:2014

STC nº 218/1994 de 18 de julio de 1994 FJ 3º RTC 1994/218

STC nº 324/1994, de 1 de diciembre, ECLI:ES:TC:1994:324

STC nº 39/1995, de 13 de febrero ECLI:ES:TS:1995:39

STC nº 45/2002, de 25 de febrero, ECLI:ES:TC:2002:45

STC nº 259/2007, de 19 de diciembre RTC 2007/259

STS nº 1089/2017, de 13 marzo, ECLI:ES:TS:2017:1089

TRIBUNAL SUPREMO:

STS nº 12/2000 de 22 de enero del 2000, FJ. 4º RJ 2000/60

STS nº 183/2002, de 17 de diciembre de 2002 FJ 1º y 2º JUR 2003/82556.

STS nº 2619/2003 ECLI:ES:TS:2003:2619.

STS nº 3862/2004 de 22 de junio JUR 2004/3862

STS nº 728/2008, de 17 de marzo ECLI:ES:TS:2008:728

STS nº 7882/2012, de 27 de noviembre ECLI:ES:TS:2012:7882

STS nº 2167/2014, de 29 de mayo ECLI:ES:TS:2014:2167.

STS nº 1089/2017, de 24 de marzo ECLI:ES:TS:2017:1089

STS nº 202/2018, de 12 de febrero ECLI: ES: TS: 2018: 202.

AUDIENCIA PROVINCIAL:

SAP GC nº 245/2004, de 23 de enero ECLI:ES:APGC:2004:245

SAP de Madrid 90/2004, de 23 de marzo ECLI:ES:AP:2004:90

SAP de Barcelona nº 405/2004, de 15 de septiembre JUR 2004/307057

AUTOS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL:

AAP de Valladolid nº 13/2002 sec. 3.ª, de 28 de junio de 2002 ECLI: ES: APVA:2002:13A

AAP de Castellón nº 196/2003, de 30 de junio JUR 2004/11667.

AAP de Toledo nº 409/2003, de 17 de noviembre ECLI:ES:APTO:2003:409ª

AAP de Santa Cruz de Tenerife nº. 151/2003, de 17 de noviembre JUR 2004/27503

AAP de Barcelona nº 248/2003 de 16 diciembre JUR 2004\30094

AAP de Ciudad Real núm. 14/2004 de 16 febrero JUR 2004\104434

AAP de Toledo nº 19/2005, de 15 de marzo AC 2005/757

AAP de Madrid nº 11272/2005, de 12 de diciembre, ECLI:ES:APM:2005:11272A

AAP de Madrid nº 106/2006, de 23 de marzo JUR 2006/182109

AAP de Madrid, sec. 10ª, nº5153/2006, de 24 de abril de 2006 ECLI:ES:APM:2006:5153ª

AAP de Barcelona nº 1747/2007 de 9 de mayo de 2007 JUR 2007\261448

AAP de Barcelona nº 152/2007, de 29 de junio de 2007 JUR 2007\292666

AAP de Barcelona, nº 8630/2007, de 15 de noviembre de 2007 ECLI:ES:APB:2007:8630ª

AAP de Barcelona nº29/2008 de 4 febrero JUR 2008\123360

AAP de Barcelona, sec. 15ª, nº 1434/2008, de 29 de febrero ECLI:ES:APB:2008:1434A

AAP de Lleida nº 49/2008, de 13 de mayo JUR 2008/317677

AAP de Asturias sección 7ª, nº 94/2010, de 26 de julio ECLI:ES:APO:2010:581ª

AAP de la Rioja nº 30/2011, de 28 de marzo AC 2011/479

AAP de Cuenca nº 26/2011, de 12 de abril JUR 2011/215599

AAP de Castellón nº 70/2011, de 31 de octubre ECLI:ES:APC:2011:70

AAP de Madrid nº 209/2011 de 25 noviembre JUR 2012\2227

AAP de Barcelona nº 201/2011, de 15 de diciembre ECLI:ES:APB:2011:8219

AAP de Santa Cruz de Tenerife nº. 11/2012 de 26 enero JUR 2012\90710

AAP de Madrid nº 35/2012, de 10 de febrero JUR 2012/96704

AAP de Madrid nº 35/2012 de 10 de febrero JUR 2012/96704

AAP de Madrid nº 957/2015, de 26 de octubre ECLI:ES:APM:2015:957A

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

STSJ de Madrid nº 2106/2018, de 21 de febrero ECLI:ES:TSJM:2018:2106