Grado en Derecho

Facultad de derecho

Universidad de León

Curso 2016/2017

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL.

PRECAUTIONARY MEASURES IN THE CIVIL PROCESS.

Realizado por la alumna Dª. Itziar Rodríguez Santos

Tutorizado por el Profesor D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán.

Índice

RESUMEN……...4

ABSTRACT……4

PALABRAS CLAVES……4

KEYWORDS……...4

OBJETO DELTRABAJO……...5

DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA……..8

ABREVIATURAS UTILIZADAS……9

1. COMPARATIVA ENTRE LA ANTERIOR LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y LA NUEVA EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES. 11

2. FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. 15

2.1. Referencia histórica del concepto de medidas cautelares. 17

2.2. Medidas cautelares y su aplicación práctica. 18

3. RANGO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA JUDICIAL CAUTELAR. 21

3.1. Las características de la tutela judicial efectiva cautelar. 23

3.2. Obtención de una tutela cautelar efectiva procesal. 23

3.3. La ubicación de la tutela cautelar en la tutela judicial efectiva constitucional. 24

3.4. La tutela judicial efectiva cautelar posee una inequívoca proyección funcional. 24

4. CARACTERES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: 27

4.1. Instrumentalidad. 28

4.2. Temporalidad. 29

4.3. Proporcionalidad. 29

4.4. Provisionalidad. 30

5. PRESUPUESTOS MATERIALES PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES: 32

5.1. ***Fumus boni iuris.*** **32**

5.2. ***Periculum in mora.*** **35**

5.3. **Caución.** **40**

6. EL PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS CAUTELARES. **42**

6.1. **Extensión y límites de la jurisdicción.** **42**

6.2. **Órgano competente.** **44**

6.3. **Competencia genérica.** **45**

6.4. **Medidas anti-proceso.** **47**

6.5. **La solicitud y tramitación de adopción de la medida cautelar.** **48**

6.6. **Traslado al demandado.** **50**

6.7. **Vista.** **51**

6.8. **Resolución cautelar y posible impugnación.** **54**

7. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. **55**

8. TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES. **56**

8.1. **Medidas cautelares para el aseguramiento de pretensiones mero declarativas o ejecutivas** **59**

8.1.1. Medidas que otorgan publicidad al litigio 59

8.1.1.1. Anotación preventiva de demanda. 60

8.1.1.2. Anotación preventiva de embargo. 61

8.2. **Medidas cautelares para la protección de bienes y derechos de personas en situaciones de riesgo.** **62**

8.3. **Medidas cautelares para el aseguramiento de pretensiones de condena.** **63**

8.3.1. De condena dineraria. 63

8.3.2. El embargo de bienes. 63

8.3.3. La intervención o administración judicial para satisfacer una pretensión de pago. 67

8.3.4. Intervención y depósito de cantidades. 68

8.4. **De condena a dar o entregar algo.** **69**

8.4.1. Intervención o administración judicial. 69

8.4.2. El depósito de cosa mueble. 70

8.4.3. Para la liquidación de patrimonios: la formación de inventarios. 71

8.4.4. Depósito de obras u objetos y del material empleado para producirlo. 72

8.5. **De condena a no hacer algo.** **73**

8.5.1. La orden conminatoria. 73

8.5.2. Suspensión de acuerdos sociales. 74

8.6. Medidas cautelares para el aseguramiento de créditos en el proceso concursal. 77

8.6.1. El embargo de bienes del deudor. 79

8.6.2. El embargo de bienes de los administradores de la sociedad para responder personalmente de las deudas de la concursada. 79

8.6.3. La intervención y suspensión de las funciones del deudor. 82

8.6.4. Ejecución provisional cautelar del Convenio por la Junta de acreedores. 82

8.7. Medidas cautelares en los procesos de incapacitación 83

8.8. Medidas cautelares inespecíficas. Herencia de las anteriores medidas cautelares denominadas "innominadas". 86

9. FALSAS MEDIDAS CAUTELARES. 87

9.1. Medidas adoptadas en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio. 88

9.2. Medidas en los procedimientos monitorios. 91

9.3. Medidas adoptadas en los juicios cambiarios. 94

10. CONCLUSIONES. 97

11. BIBLIOGRAFÍA. 102

12. JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON LAS MEDIDAS CAUTELARES. 108

Resumen.

El presente trabajo tiene por finalidad determinar cuáles son las medidas cautelares que pueden ser adoptadas en el proceso civil realizando una comparativa exhaustiva entre la legislación anterior y la legislación vigente en materia de medidas cautelares, introduciendo pequeñas pinceladas del Derecho penal en materia de medidas cautelares, cuestión abordada por el interés de las importantes reformas sufridas en este ámbito. De igual modo se hace referencia a los presupuestos o requisitos que son necesarios para la adopción de estas medidas cautelares así como a las características de las mismas. Traeremos a colación la doctrina y la jurisprudencia aplicable a esta materia junto con sus requisitos y las modificaciones introducidas en este sector. Todo ello con el deseo de hacer ver al lector de forma clara el análisis de mi estudio y permitir una adecuada comprensión acerca de la materia.

Abstract.

This paper aims to identify the precautionary measures that can be taken in civil proceedings conducting a thorough comparison between subsequent legislation and legislation regarding precautionary measures, introducing small brushstrokes of criminal law concerning precautionary measures are , issue addressed in the interest of major reforms suffered in this area. Similarly reference to budgets or requirements that are necessary for the adoption of these precautionary measures and the characteristics thereof is made. We will raise the doctrine and jurisprudence applicable to this matter with their requirements and the changes made in this sector. All with the desire to make the reader see clearly the analysis of my study and provide a proper understanding about the subject.

Palabras claves.

Medidas cautelares, proceso cautelar, medidas, instrumentalidad, temporalidad, proporcionalidad, provisionalidad, apariencia de buen derecho, caución.

Keywords.

Precautionary measures, precautionary process, instrumentality, temporality, proportionality, provisionality, appearance of good law.

Objeto del trabajo.

El presente trabajo tiene por finalidad dar a conocer la amplísima gama de medidas cautelares que pueden ser adoptadas en el procedimiento civil para asegurar que la sentencia que en su día se dicte pueda ser cumplida.

Tras la lectura de diversas obras llevadas a cabo por autores de magnífica erudición como CALAMANDREI que me dan a conocer conceptos que hasta ese momento no tenían sentido para mí, podremos constatar el gran salto legislativo que se produce con la reforma realizada en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se mantienen algunas de las medidas cautelares previstas en la anterior legislación, donde la justicia se configuraba como medio de defensa para las posibles vulneraciones, pero otras surgen de manera novedosa por nuestro legislador cuyo deseo se materializa en las leyes aplicables en nuestro ordenamiento jurídico. ¿Qué puedo decir acerca de éstas novedosísima reforma? Que simplificará la tarea de los operadores jurídicos, pero también simplificará el procedimiento, cuestión esta que no debería dejar de ser abordada ni en el Siglo en el que vivimos pues son abundantes y redundantes las críticas que el sistema de justicia sufre pero aún más su escasa celeridad, aún en un siglo donde impera el mundo tecnológico.

Continúo analizando cual es la finalidad de esta cuestión desconocida para mí hasta ese momento, momento en el que empieza a cobrar sentido mi tarea de investigación, pues entiendo que es esencial que se conozca qué fin persigue la adopción de una medida cautelar. Diversos autores están de acuerdo en que la finalidad de las mismas radica en que quien tiene derecho a su tutela judicial efectiva, tiene derecho a que ésta se cumpla, carecería de sentido alguno que mi resolución fuera conforme a mi pretensión y sin embargo no se me viera satisfecha. Esta idea fue abordada por importantes autores, lo que me hace plantearme que no es una cuestión que solo pueda preocupar a día de hoy sino que, y ello parece lógico, es necesario buscar una finalidad a un sistema que se quiere implantar y que deja la puerta abierta a que cualquier ciudadano pueda hacer uso de él.

Cuestión que también es relevante es la posición que tienen las medidas cautelares, o mejor dicho, la posición que tiene el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en la constitución, no es que sean cuestiones distintas, sino que ese derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales comporta el derecho a la adopción de esas medidas cautelas, parece interesante que se configure en el art. 24 CE. Es sabido, que éste articulo por contener un derecho fundamental permite instar su vulneración bien ante los tribunales ordinarios por la vía del art. 53 o bien mediante un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pues este cabe en los

supuestos de vulneraciones de derechos contenidos en los artículos 14 a 29 de nuestra Constitución.

Para el estudio de la configuración de este derecho, observo que tanto los autores como una gran parte de la doctrina están de acuerdo tanto en la finalidad que comporta esta posición constitucional como en la necesidad de que esto sea de esta manera, pero tras analizar exhaustivamente la posición de nuestro TC observo que la mayor discrepancia radica en que es éste organismo, encargado de la protección de derecho fundamentales, pues como ya sabemos tiene competencia en materia de garantía de derechos fundamentales (sustrayendo la competencia de esta cuestión al Tribunal Supremo), no parece aceptar que el derecho a la tutela judicial cautelar radique implícitamente en el tenor literal de este artículo 24 CE.

Los apartados cuarto y quinto, ya entran verdaderamente a analizar en profundidad la cuestión que me ha llevado a realizar este trabajo, me refiero a las características de las medidas cautelares y los presupuestos de su adopción, sin duda alguna, estos dos apartados y el referente a la tipología del que hablaré más adelante, son los que más esfuerzo han requerido, muchos autores hablan de ellos, algunos muestran posiciones afines otros en cambio no parecen aceptar esas afirmaciones, incluso en charlas realizadas acerca de esta cuestión con colegas que saben mucho más que yo sobre esta materia veo que no hay un verdadero consenso, algo que me choca ¿Cómo puede funcionar este sistema de medidas cautelares si no hay acuerdo inicial sobre cuestiones puramente conceptuales?, esta pregunta queda respondida, cuando observo que, partiendo de la base de que la adopción de medidas cautelares se determina por norma general mediante auto son diversos los razonamientos que en el ámbito jurisprudencial encuentro tanto para su adopción como para su denegación y ello lo he querido plasmar, aunque de manera pormenorizada en mi trabajo. Por lo tanto, se puede ver como las diversas Audiencias Provinciales (sobre todo éstas) admiten conceptos, ideas incluso a veces criterios diferentes para su adopción, pero y volviendo a la pregunta que he puesto de manifiesto anteriormente ¿porque funciona el sistema? Porque aun con tal disparidad, impera y ello es plasmado por diversos autores, el principio de imparcialidad y por ello, su admisión o no, aun y reitero, con tales argumentos contradictorios no produce una vulneración, por norma general, de verdaderos derechos fundamentales, a fin de cuentas de que sirve estar de acuerdo en meros conceptos, si después observamos que ni la propia doctrina, célebre maestra de este sector tiene ideas parejas.

Todo lo expuesto hasta el momento me lleva a realizar el análisis del procedimiento en el ámbito de la medida cautelar, pues es cuestión abordada en el primer epígrafe de mi trabajo. Ello porque una de las novedades introducidas por la LEC del año 2000 radica en el procedimiento a seguir en relación con la adopción de medidas cautelares. No quiero ser reiterativa al aludir a la pluralidad de autores que se embarcan en el estudio de esta materia, sin embargo, poco es lo que he podido encontrar en relación con el desarrollo de la vista oral, básicamente todo lo expresado y además

compartido por los autores, es el texto literal de la ley, quizá en mi redacción la cuestión sea poco valorativa, pero poco puede valorarse sobre algo tasado legalmente, y más aún cuando habiendo pasado por mis manos manual, tras manual, tras manual…veo que ningún autor realiza una crítica valorativa pero dejo entre ver quizá de manera escueta, mi conformidad con el mismo, porque me parece adecuado y simple y creo que ello es necesario, pues no deja de ser aplicable a personas que al igual que yo no tienen conocimientos como verdaderos expertos sobre esta materia y, si la finalidad de la medida cautelar debe ser comprendida por el ciudadano común, creo que el procedimiento y más concretamente la vista debieran tener la misma consideración.

En relación con la ejecución de las medidas cautelares me gustaría decir que va estrechamente relacionados con los tipos de medidas cautelares que podemos encontrar. La ejecución de las medidas cautelares va a ser igual en el régimen general, algo que no ocurre cuando entremos a valorar las medidas preventivas a las que también he querido hacer alusión aunque de forma menos concisa dado que ello no es objeto de mi trabajo, como podremos ver, son muchas y muy variadas las medidas cautelares que podemos encontrar, el amplio elenco de las mismas me hizo comprender que tan amplias son las pretensiones ejercitadas en un proceso como las posibilidades que se le otorgan a las partes y más concretamente a quien quiere asegurar su pretensión, es prácticamente lo más complejo de mi trabajo. Esta ardua compilación la realice atendiendo a los tipos de pretensiones ejercitadas, pero sin olvidar, evidentemente, que otros autores no realizan la catalogación de las mismas atendiendo a ese criterio y por ello han sido objeto de mención autores como RUIZ DE LA CUESTA FERNANDEZ, LORCA NAVARRRETE, etc.

Finalmente me pareció interesante mencionar otro tipo de medidas, que, aun no siendo cautelares, buscan una solución parecida a las mismas, estas son aplicadas en procedimientos especiales, y me pareció adecuado denominarlas “falsas medidas cautelares”, en tanto en cuanto, me confundieron incluso a mí lo que me hizo tener que indagar más a fondo para conocer cuál era la verdadera distinción entre unas y otras sumándole a esta tarea el estudio del procedimiento monitorio y del juicio cambiario que no dejan de ser procedimientos que se alejan de manera amplísima del régimen general y que complicaron aún más mi tarea.

Descripción de la metodología utilizada.

La primera fase consistió en la elección de la materia sobre la que quería realizar mi Trabajo de Fin De Grado, no estaba muy decidida sobre esa cuestión pero mi tutor me ayudo y me aconsejó que podría ser interesante estudiar las medidas cautelares y su régimen.

Mi tutor, me encomendó como tarea buscar, libros, monografías y revistas para posteriormente introducirlas en mi trabajo, la primera semana se me paso buscando toda esa información porque es muchísimo lo que a cerca de esta materia hay escrito.

Son ya autores como CALAMANDREI los que se refirieron a esta materia, no con la denominación de medidas cautelares, aunque la finalidad era prácticamente la misma. Por ello me ha resultado más fácil investigar esta materia, por la amplia variedad existente al respecto, aunque en la variedad está la complejidad. Fue difícil encontrar ideas afines en algunos puntos de mi trabajo entre los diversos autores.

Una vez compilada toda la información redacte un índice final de las cuestiones que a mi modo de ver serían más importantes y transcendentes y lo rellene con toda esta información que espero ayude a comprender todo lo relativo a las medidas cautelares, a lo largo que mi trabajo avanzaba, introducía algún epígrafe más sobre aspectos que no había considerado y que me parecían importantes hasta que conseguí el índice que muestro a continuación y que creo que no deja indiferente ningún punto de vista de las medidas cautelares.

Finalmente y tras correcciones parciales, entregué el trabajo a mi tutor quien me felicitó por mi trabajo realizado y me dio el visto bueno para presentarlo ante este tribunal que deberá valorar la tarea realizada por mí, esperando que les haya gustado el trabajo que he desarrollado, porque lo he hecho con mucha ilusión y mucho empeño para finalizar mis estudios universitarios de la mejor manera posible.

Quiero mostrar mi más profundo agradecimiento a mi tutor y profesor D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán por haberme guiado de esta forma a la hora de realizar esta tarea, por haberme escuchado y ayudado y por haberme marcado las pautas que han sido muy importantes para mí, y lo que es más importante aún, para conseguir este resultado.

Abreviaturas.

Tribunal constitucional	TC
Tribunal Supremo	TS
Código Penal	CP
Ley de enjuiciamiento civil	LEC
Ley de enjuiciamiento criminal	LECrim
Administración concursal	AC
Siguientes	ss.
Sentencia del Tribunal Constitucional	STC
Sentencia del Tribunal Supremo	STS
Obra citada	op.cit.,
Número	nº.
Páginas	pág.
Ley Orgánica del Poder Judicial	LOPJ
Constitución	CE
Código Civil	CC
Auto de la Audiencia Provincial	AAP
Letrado de la Administración de Justicia	LAJ

1. Comparativa entre la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil y la nueva en materia de medidas cautelares.

Desde la aprobación de la LEC de 1881[1] se han llevado a cabo innumerables reformas, siendo una de las más importantes la que se produjo en 1984. Durante la vigencia de esta ley es cierto que existía la idea de una necesaria reforma general a consecuencia de los defectos de la misma, pero estas ideas se truncaban por el apego que se tenía a tantos años de tradición. Aquellos que justificaban esa reforma defendían las siguientes ideas: la primera, la que afirmaba que la LEC de 1881 era una Ley ya defectuosa en el momento de su aprobación y la segunda, atendía a la situación caótica reinante en el siglo XX en todo el sistema procesal civil español.

En relación con la primera de las ideas, hay que decir, que no puede entenderse la ley de 1881 como un "código" propiamente dicho, debido a la falta de sistematización que lo caracteriza. En relación con la segunda de las tesis abordadas, no cabe duda de que la insuficiencia de la LEC de 1881 dio lugar a que se produjera el fenómeno de huida del legislador, con regulaciones parciales y separadas, porque era una tarea complicada introducir una conducta en un supuesto de hecho legal, pero más aún concretar si determinadas normas o preceptos se encontraban en vigor.

Atores como RAMOS MÉNDEZ[2] quien realiza en su obra una clasificación de las medidas cautelares que podían ser adoptadas de conformidad con la LEC de 1881, alude también a los requisitos necesarios para su adopción.

Veremos más adelante que muchas de ellas pasaron prácticamente de forma íntegra a formar parte de la redacción de la nueva LEC. Tanto en la LEC del año 2000 como la de 1881 que en su art. 1428 regulaba las medidas cautelares indeterminadas y su operatividad, van a dejar claro que la adopción de las mismas está supeditada a la concurrencia de una serie de requisitos.

Para la adopción de las medidas cautelares se requiere, en primer lugar que estemos ante obligaciones de hacer, de no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas, la presentación de un principio de prueba por escrito, la fianza y la litispendencia porque las medidas cautelaras se adoptan en el seno de un proceso pendiente, ello era lo establecido en la LEC de 1881 algo parte de ello sería transportado a nuestra LEC actual. La mayor de las peculiaridades que encontramos es que, mientas

---

1 Real Decreto de 3 de febrero de 1881 de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Publicado en GACETA núm. 36 de 05 de febrero de 1881.

2 RAMOS MÉNDEZ, Francisco, "Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil", Justicia. 1985, nº 1, nº pág. 75.

muchas de las medidas cautelares de la LEC de 1881 pasan a formar parte de la LEC del año 2000, lo que no se mantiene es la exigencia de esos requisitos o por lo menos no de manera tan similar como las propias medidas cautelares.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se ha basado en algunos antecedentes de la anterior. Dicha situación previa sin duda podemos catalogarla como negativa para el buen funcionamiento de la justicia en nuestro país, pero ello no quiere decir que el único factor interviniente en esa situación haya sido la LEC de 1881 y por lo tanto no podemos afirmar que con la entrada en vigor de la nueva LEC, vaya a solventarse esa crisis. Dentro de la administración de justicia se requieren de elementos que producen efectos tanto positivos como negativos[3]. Pues bien, con el paso del tiempo nacen diversas opiniones en relación con esta reforma y determinados autores comienzan a defender, ya no solo la reforma de la LEC, sino la reforma de todo el sistema de la administración de justicia, así DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ[4] entiende que este modo de pensar aboca a la inacción, defiende que si solo se hacen reformas cuando las mismas puedan ser llevadas a cabo a la vez, las mismas no tendrán lugar nunca.

Según DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ[5] las medidas cautelares, son el remedio arbitrado por el derecho para conjurar los riesgos que la duración del proceso puede suponer para la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final del mismo.

Sin duda alguna, la mayor característica de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil es la simplificación procedimental, una de las grandes diferencias que encontramos en relación con la situación anterior es una reducción de los procedimientos de todo tipo, declarativos, ejecutivos y cautelares. En relación con la tutela jurisdiccional declarativa la nueva LEC crea dos procedimientos declarativos ordinarios, el juicio ordinario (aplicable para tratar determinadas materias) y el juicio verbal (previsto para ciertos casos en que la tutela jurisdiccional debe ser rápida aunque también se aplica en los procedimientos de "menor cuantía"), En la anterior LEC de 1881 existían cuatro. La nueva LEC mantiene solamente los procesos especiales considerados como imprescindibles, tales como los de capacidad, filiación, matrimonio, procesos de división judicial de patrimonios así como el proceso monitorio y el juicio cambiario.

---

[3] Algunos autores han criticado la oportunidad de aprobar una nueva LEC sobre la base de que, se debía proceder a una reforma en los demás aspectos de nuestra administración de justicia y que solo cuando se produjese un adecuado funcionamiento de los tribunales, se podría y se debía aprobar una nueva LEC.

[4] DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *La ley 1/2007 de 7 de Enero, de enjuiciamiento civil,* en: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal civil, el proceso de declaración. Editorial centro de estudios ramón areces, S.A.* Madrid, 2000, nº pág. 5.

[5] DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Las medidas cautelares,* en…op.cit., nº. pág. 380.

Por su parte, TORRES ROSELL[6], entiende que la valoración de la reforma desde el punto de vista de los litigantes resulta ambivalente. De una parte se beneficia al solicitante de la medida cautelar al eximirle de la necesidad de acreditar las expectativas de la obtención de una sentencia favorable, solo se requiere un principio de prueba por escrito y esto, en relación con alguna medida concreta, resulta perjudicial pues; con la ley de 1881, no se le exigía la aportación del *fumus boni iuris* del que hablaremos más adelante y, de otra parte, desmejora la posición del demandado, pues sufrirá la adopción de medidas cautelares en supuestos que, bajo la vigencia de la ley de 1881, requerirían el cumplimiento de otra serie de requisitos.

Resalta el hecho de que, tras la entrada en vigor de la LEC 2000[7], es necesario que la solicitud de una medida cautelar vaya acompañada de una justificación eso sí, no necesariamente documental. Aun así, seguirán existiendo dos situaciones diferentes, una en la que no será necesaria esa justificación y otra en la que se requiere un soporte documental. Por ejemplo, no se requiere tal justificación cuando se soliciten medidas en procesos matrimoniales[8], filiación e incapacitación, tampoco para la anotación preventiva de la demanda cuando no se reclame la propiedad de un bien inmueble ni para la anotación de la demanda de impugnación del acuerdo de la sociedad anónima. Por otra parte, será necesario un principio de prueba por escrito, para solicitar la anotación preventiva de demanda cuando se reclame la propiedad de un bien inmueble.

En STS nº 321/2015 de 18 de junio de 2014, FJ. 2º, (RJ 2015/2293), en esta sentencia se interpone demanda de juicio verbal sobre suspensión de régimen de visitas de una menor contra sus padres biológicos, interpuesta por la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía en Granada.

Lo que llama la atención de esta sentencia, es que se puede observar claramente esa simplificación para la adopción de una medida cautelar. En este caso, se debatía si dicha institución de carácter público era competente para poder adoptar la medida cautelar de suspensión del régimen de visitas, debido a que, a tenor del principio de jerarquía normativa regulado en el art. 9.3 CE encontramos que la regulación de esta materia por parte de las Comunidades Autónomas está supeditada a la regulación de

---

[6] TORRES ROSELL, Nuria, *Las medidas cautelares. Montecorvo, S.A.* Madrid, 2000, nº pág. 53

[7] Ley 1/2000 de, 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en BOE núm. 7 de 08 de enero de 2000.

[8] Estos procedimientos están regulados en los arts. 769 y ss. de la LEC, el art. 778 de la misma, se refiere a la eficacia civil de resoluciones de los tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre el matrimonio rato y no consumad. En este sentido se requiere que una vez dictada la resolución judicial canónica por un tribunal eclesiástico o una decisión pontificia sobre un matrimonio rato y no consumado, para que la misma goce de esa eficacia es necesario que los tribunales civiles la declaren ajustada al Derecho del Estado. Los requisitos que se exigen para que proceda tal homologación se encuentran en el art. 954 de la antigua LEC y a día de hoy aparece regulada en la disposición derogatoria 1.3ª. de la nueva LEC hasta que tenga vigencia la nueva ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil.

carácter estatal, cuestión que queda dirimida otorgándole competencia a la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía en Granada.

Gracias a la nueva regulación de la LEC, y gracias a la simplificación del procedimiento para la adopción de las mismas, así como a la existencia de un régimen más claro y más sencillo se permite que la adopción de ésta se haga de manera más rápida y más eficaz[9], dice la doctrina que "se autoriza a la administración andaluza a determinar el régimen de relaciones personales de los menores con sus padres o tutores o parientes y allegados, tiene competencia para suspender visitas y las relaciones del menor con la familia biológica. Se trata de garantizar de una forma inmediata el buen fin de la medida de protección adoptada, atendiendo a las circunstancias y al interés superior del menor".[10]

Para GARBERÍ LLOBREGAT[11], por tales medidas cautelares cabe entender aquellos mecanismos procesales tendentes a garantizar o pre ordenar la viabilidad o efectividad de los efectos de la cosa juzgada 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 al derecho a la tutela judicial efectiva, 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.

Esta simplificación se reproduce así mismo tanto en la tutela judicial ejecutiva como en la cautelar, esta última tutela tendrá una regulación unitaria tanto de sus presupuestos materiales y procesales como del procedimiento para su adopción, ejecución, oposición, modificación y alzamiento y es así como se configura el paso hacia un nuevo régimen que facilite las actividades en el ámbito del proceso cautelar procesal.

Por lo tanto, de todo lo dicho anteriormente debemos quedarnos con algunas ideas claras pues de comprender bien el cambio podremos comprender bien el estudio

---

[9] El principio de eficacia que tiene expresa consagración constitucional ha encontrado desarrollo en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor que es aplicable en todo el territorio nacional.

[10] En definitiva, se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: la entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, para así garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada.

[11] GARBERÍ LLOBREGAT, José, *parte general. Medidas cautelares y proceso cautelar,* en, GABRERÍ LLOBREGAT, José, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María, CASERO LINARES, Luis, *Las medidas cautelares en la nueva ley de enjuiciamiento civil. Doctrina, jurisprudencia y comentarios. Aranzadi.* Navarra, 2004, nº pág. 31.

posterior a cerca de la nueva regulación de las medidas cautelares. En la legislación anterior a la Ley 1/2000 se regulaban determinados tipos de medidas cautelares de manera muy compleja dado que, para adoptar cada tipo de medida cautelar se requería la aplicación de un régimen concreto y de una serie de requisitos que iban a variar en tanto nos encontrásemos ante una u otra modalidad. Es por ello que a lo largo de la vigencia de esta LEC de 1881 surge como necesario el cambio. Así en nuestra nueva LEC, se eliminan esas complejidades y se establece una serie de medidas cautelares sobre la base de un régimen común, haciendo más sencilla la tarea de los jueces y tribunales a la hora de otorgar la tutela judicial. Ya no tenemos una pluralidad de regímenes y reglas aplicables, sino un régimen común con la posibilidad de aplicar una u otra medida cautelar teniendo en cuenta las pretensiones junto con otros requisitos que veremos más adelante.

2. Finalidad de las medidas cautelares.

Los artículos 721.1 y 726.1.1º de la LEC reiteran que las medidas cautelares susceptibles de ser acordadas por la autoridad judicial serán aquellas que se consideren necesarias "*para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare"* o aquellas medidas conducentes "*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 producidas durante la pendencia del proceso correspondiente".*

Las medidas cautelares según ALONSO SAURA[12]se rigen por los principios dispositivos ya que se exige instancia de parte para la adopción de medidas cautelares y de aportación de parte. Como excepción el art. 721.2 LEC recoge la adopción de oficio de medidas cautelares en los procesos especiales en que así se dispusiere. Este carácter dispositivo impide como norma general, que la tutela cautelar pueda ser otorgada de oficio.

La jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha aclarado que las medidas cautelares[13]"tienen como finalidad proteger el derecho de los interesados con carácter preventivo para evitar el daño que pudiera producirse durante la tramitación del proceso".

Por otro lado la doctrina de las Audiencias Provinciales ha destacado que su finalidad es "eludir los peligros de la tardanza del proceso en orden a garantizar que la

---

[12] 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, nº pág. 35.

[13] STS nº 12/2000 de 22 de Enero del 2000, F.J 4º (RJ 2000/60).

resolución que en su momento se dictó tenga la misma eficacia que si hubiera recaído cuando la demanda fue presentada", en STS nº 12/2000 de 22 de enero de 2000, F.J 4º (RJ 2000/60), se alega la caducidad de la marca "Manolo El Cordobés"[14] que aparece registrado a nombre de Manuel B.P.

Según PÉREZ DAUDÍ[15], el art. 737.2 LEC, que está dedicado a la eficacia de la medida cautelar, obliga al tribunal a valorar la suficiencia del importe de la caución, algo que no es compartido por éste. Este autor entiende que, lo que no ha tenido en cuenta el legislador es que esta suficiencia ya ha sido valorada por el tribunal al dictar el auto acordando la medida cautelar por lo que a juicio de este autor, resulta redundante que deba valorar de nuevo esta circunstancia.

El demandado pretende que se desestime íntegramente la demanda por no encontrarse incursa en caducidad la marca inscrita, tal demanda es desestimada por no haber lugar a declarar la caducidad de la marca "Manolo El Cordobés" y se estima la demanda presentada por don Manuel B.P entendiendo que "ostenta el derecho exclusivo para utilizar en el tráfico económico, para el que lo tiene conferido, la marca <Manolo El Cordobés>". Se interpone recurso de apelación contra la sentencia de la primera instancia y la misma es revocada, declarándose la caducidad de la marca. Son varios los motivos que se alegan, entre ellos la vulneración del art. 14 CE "*todos los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión…".*

Dicho artículo 14 CE es aplicable al argumento que alega "la contradicción existente entre la <<ratio decidendi>> de la sentencia y lo establecido en el Auto de 27 de enero de 1994 por el que la audiencia resuelve el recurso de apelación sobre medidas cautelares solicitadas por el recurrente"**,** en este auto, lo que se dice es lo siguiente "la sala disiente de tal criterio al tener en cuenta además de las diferencias que se presentan en la práctica entre lo que es la explotación industrial de una patente y lo que es el uso de un nombre artístico, la amplitud de las actividades que comprende la protección de la marca registrada por el demandante, que no se limita a lo estrictamente taurino, sino que abarca el uso del nombre en otro tipo de superficies" siendo por tanto un hecho de

[14]Esta sentencia debe ponerse en relación con el recurso de casación 1234/1995 que alude a la finalidad de las medidas cautelares que tanto los arts. 721.1 y 726.1.1º de la LEC como la sentencia a la que acabo de referirme afirman y donde se dice que la finalidad de las mismas sirve "*para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare".*

[15] PÉREZ DAUDÍ, Vicente, *Las medidas cautelares en el proceso civil. Atelier libros jurídicos.* Barcelona, 2012, nº pág. 258, entiende que la valoración que el tribunal debe hacer en relación a la eficacia de la caución debe ser limitada, es decir, deberá comprobar únicamente que la cantidad constituida por la caución es la que se acordó en el auto adoptando la medida cautelar y que la forma en que se haya realizado garantiza la inmediata disponibilidad de la cantidad.

notoria importancia que el demandante sigue utilizando en estos medios el apelativo “El Cordobés”.

Las medidas cautelares, tienen como finalidad proteger el derecho de los interesados con carácter preventivo para evitar el daño que pudiera producirse durante la tramitación del proceso, de ahí que las Resoluciones dictadas en el incidente para su tramitación carezcan de eficacia de cosa juzgada respecto al fondo del asunto y que las declaraciones que en ellas se hagan no prejuzgan el fondo de la cuestión debatida.

Por lo tanto en atención a esto “la justificación a que se refiere el art 133 de la ley de patentes es una justificación <<prima facie>> a los solos efectos de poder adoptar las medidas asegurativas solicitadas pero sin que ello tenga transcendencia en el asunto principal”, es decir, se entiende que no se ha producido la caducidad, y se hace referencia a que las cuestiones dilucidadas que no tengan que ver con el fondo del asunto no van a tener efecto de cosa juzgada algo que explicaré más adelante.

2.1. Referencia histórica del concepto de medidas cautelares.

Tiempo atrás ya existían las medidas cautelares siendo definidas por CALAMANDREI[16] como el mecanismo que operaba en la vida de las relaciones humanas en forma de conseguir, prescindiendo de la voluntad del obligado, el mismo resultado práctico o un resultado equivalente al que se habría obtenido si la norma jurídica hubiera sido observada voluntariamente. En tiempos anteriores a nuestra LEC ya existía la medida cautelar, como la institución que hoy día conocemos no existía, pero sí que se hacía referencia a una garantía jurisdiccional.

Otros autores hablan de tipos de sanción e incluso formas de la tutela jurisdiccional, no obstante, hay que sentar dos bases claras: La primera de ellas, hace referencia a esa necesidad de conseguir el resultado perseguido lo cual es llevado a cabo, por órganos del Estado que distan de los órganos jurisdiccionales pues, se requiere de determinados organismos que ejerzan una facultad de policía que haga efectivas las resoluciones, velando así por el orden público y por la seguridad de los ciudadanos. Esta facultad de policía se diferencia de la jurisdicción tanto por los órganos que la ejercitan, que son órganos administrativos, como por la naturaleza propia de la función, dado que la jurisdicción tiene la finalidad de reprimir y la segunda de ellas, alude al carácter variable de tales medios de garantía atendiendo a la importancia social, al momento histórico, etc.

---

[16] CALAMANDREI, Piero, *Nociones sistemáticas fundamentales*, en: ALSINA, Hugo, COUTURE, Eduardo, VELEZ MARICONDE, Alfredo, SENTIS MELENDO, Santiago, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código*, Buenos Aires, 1973, nº pág. 140.

Por otro lado autores como OSORIO ACOSTA[17], aluden a la necesidad de garantizar la efectividad de la futura sentencia y entiende que este argumento nos permite diferenciar las medidas cautelares de otras medidas de carácter sumario, el fundamento teleológico de estas, se encuentra en el servicio que otorgan al proceso declarativo en donde se salvaguarda el derecho a la tutela judicial efectiva a tenor de lo que establece el art. 24 CE, tutela que se garantiza con la existencia de diversos mecanismos para que tal finalidad sea cumplida, pues la tutela declarativa podrá ser irrisoria si llegado el momento no pudiera ejecutarse.

A cuenta de todo esto, surge el debate acerca de la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, debate en el que prácticamente todos los sectores han llegado a un acuerdo y han afirmado que la tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, algo que también ha sido reconocido por la jurisprudencia.

2.2.Medidas cautelares y su aplicación práctica.

A continuación me gustaría analizar la finalidad de las medidas cautelares en relación con un proceso en el que la demanda solicitaba la adopción de medidas cautelares tendentes a prohibir a los demandados captar, reproducir o publicar, la imagen de la hermana de la princesa de Asturias y su conviviente, salvo las reproducciones gráficas de su figura "tomadas en ceremonias oficiales o actos de carácter protocolario".

El estudio de, DE VERDA Y BEAMONTE[18], comienza analizando esta cuestión mediante la justificación presentada por los demandantes, quienes alegan que, no eran personas públicas. No obstante, se produce una contradicción, porque de una parte alegan que eran personas sin transcendencia social pero por otra, admitían cierta proyección social al excluir de la prohibición pedida las ceremonias oficiales o actos de carácter protocolario, idea esta que será compartida por cierto sector doctrinal de la época.

El AAP de Toledo de 15 de mayo de 2008, desestimó la adopción de las medidas cautelares por no concurrir concretamente el "fumus boni iuris" ni el "periculum in mora "al considerar como un "hecho futuro e incierto" el "incremento del acoso", el Auto, para valorar el requisito del buen derecho, fija como finalidad de las medidas cautelares "poner fin a las intromisiones ilegítimas en el derecho a la imagen de los

---

[17] OSORIO ACOSTA, Ezequiel, *Elementos definidores de las medidas cautelares*…op.cit., nº pág. 19, menciona el fundamento de las medidas cautelares, entendiendo que lo que se busca es asegurar la efectividad de la futura sentencia.

[18] DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, *A propósito del auto del juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Toledo de 15 de mayo de 20008, caso <Telma Ortiz>. La Ley.* 2008, nº 31409, nº pág. 7 y ss. en el que realiza un análisis sobre el Auto, que deniega la adopción de medidas cautelares en relación con el derecho a la propia imagen, solicitadas por la hermana de la Princesa de Asturias y su conviviente "more uxorio".

demandantes", según DE VERDA Y BEAMONTE [19], el derecho al honor y a la propia imagen no protegen la vida privada sino bienes jurídicos diferentes, por ello la imagen ha de ser considerada como un bien de la personalidad autónomo, que merece protección, aunque con ella no se revele ningún aspecto de la vida privada.

Si, tal y como propone el Auto, se vincula el derecho a la propia imagen con el derecho al respeto de la vida privada, sería posible difundir la imagen de cualquier persona, célebre o no, en cualquier situación sin su consentimiento, esto no es lo que recalca el art. 8.2.a de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo que autoriza exclusivamente "la captación, reproducción o publicación cuando se trate de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública". En este punto, el autor mencionado anteriormente no está de acuerdo con la explicación que de esa autorización legal hace el auto comentado, el cual afirma que, "lo que protege el derecho a la propia imagen es la privacidad de los rasgos físicos que permitan identificar o reconocer a cada persona careciendo de virtualidad si los mismos son ya de conocimiento público".

Prácticamente lo que se está diciendo es que, si la persona es ya una persona pública, ésta pierde el derecho a oponerse a la utilización no consentida de su propia imagen. Esta consideración podría basarse en la presunción de que, cuando se captan imágenes de personas con proyección social en actos o lugares públicos, existe un interés general que justificaría esa intromisión.

En el caso que nos ocupa, el carácter público de ambos se cimenta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que determina que "la referencia legal a personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública debe entenderse en sentido amplio", pues bien, si atendemos a que de una parte, alegan que carecen de proyección pública y de otra alegan su participación en actos que si la tienen, quedaría desvirtuada su apariencia de buen derecho y por lo tanto se desestima la demanda[20].

Por otro lado en su obra, MACÍAS CASTILLO[21], comienza a analizar tal resolución haciendo referencia a las medidas inhibitorias, que son aquellas de

---

[19] DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, *A propósito del auto del juzgado de Primera Instancia*…op. cit., nº pág. 19.

[20] El Tribunal Constitucional ha aceptado la posibilidad de captar o reproducir la imagen de la persona en los casos en que se haga con carácter accesorio por la mera retransmisión de asuntos de transcendencia histórica o cultural. También lo permite tal y como afirma el Tribunal Supremo, en aquellos casos en que la persona ocupe, un lugar o puesto de carácter público en el ejercicio de sus funciones, así como las caricaturas de éstos y la imagen captada cuando ello venga autorizado por la autoridad competente.

[21] MACÍAS CASTILLO, Agustín, *Medidas cautelares y protección de la propia imagen: la hermana de la princesa y una polémica artificial, doctrina, medidas cautelares y protección de la propia imagen, La Ley*, 2009, nº1104, nº pág. 4 y ss.

abstención o de contenido futuro, entiende que, en la praxis forense estas medidas son infrecuentes. La tutela inhibitoria aparece en nuestro ordenamiento plasmado en diversas disciplinas, pero aún así, en muchos casos no es eficaz porque el daño ya se ha producido y el demandante solicita con cierto retraso esa tutela. La peculiaridad de la petición de los demandantes es, que sólo solicitaban la medida cautelar, sin acompañar tal petición con una demanda que estableciera con carácter definitivo y no cautelar esa condena, aunque es una práctica procesal posible, reduce las posibilidades de éxito para la adopción de la medida cautelar interesada.

En relación con este caso, es importante hacer alusión y así lo hace éste autor, al caso *Hannover*, planteado ante el TEDH cuyas resoluciones, tienen una gran transcendencia en los ordenamientos internos. Dicho Tribunal, determinó que "el derecho a la vida privada comprende el derecho a no estar constantemente perseguido y vigilado por los medios de comunicación, de modo que, en resumidas cuentas vivir de ese modo no es vivir libremente, es contrario a la dignidad de las personas"[22] y por ello esto no es aplicable a lo pedido por la hermana de la princesa de Asturias y su compañero pues no existe en este caso una acreditación de un acoso mediático y la falta de tal acreditación da lugar a que no quedase probado el requisito del "fumus boni iuris".

Finalmente se plantea la cuestión de que, si aceptamos la proyección pública de ambos y una vez que aceptamos que es lícito captar, reproducir o publicar imágenes de estos en lugares públicos, en que ámbito cae aquella conducta en la que no realizando actos protocolarios pero realizando actividades de la vida cotidiana estos son grabados y sus imágenes utilizadas.

Pensemos en los problemas que plantea la siguiente cuestión, ambos están en un terraza de un establecimiento de carácter público, el primer problema es, qué debemos y que no, entender por lugar abierto al público pues es algo con lo que los diversos autores no están totalmente de acuerdo, el segundo problema alude a que, aunque estas imágenes pueden exceder del ámbito de captación permitida por la LO 2/1982, no son suficientes para justificar el peligro o la urgencia.

Según MACÍAS CASTILLO[23], el Auto del Juzgado vuelve a confundir en este punto la propia imagen con la intimidad ya que afirma que con las imágenes

---

[22] El caso Hannover, nos permite ver, que tal vez lo que no resultó adecuado dentro del caso "Telma Ortiz" fue la petición realizada por los demandantes pues no manifestaron con claridad severa que lo que ellos pedían era ese espacio de intimidad, un espacio vital mínimo que debe convivir, evidentemente, con el hecho de ser personas con proyección pública, tal y como se establece en la sentencia, de ello que, las pretensiones de éstos no fueran atendidas mientras que si lo fueron las realizadas por la princesa Carolina de Mónaco y su esposo .

[23]MACÍAS CASTILLO, Agustín, *Medidas cautelares y protección de la propia imagen*…op.cit., nº pág. 6 y ss.

mencionadas, se vulneraría la intimidad personal y familiar y establece lo siguiente "creo que, en una terraza con independencia de su calificación como lugar abierto al público o no, normalmente las personas no desarrollan actos de su vida íntima por lo que, de nuevo se está confundiendo lo que es íntimo con lo que es una manifestación de la vida privada".

3. Rango constitucional de la tutela judicial cautelar.

Nuestra CE en el art. 117.3[24] regula la función jurisdiccional, entendiendo por ésta, la actividad que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En innumerables ocasiones podría resultar difícil llegar a garantizar la efectiva ejecución de la sentencia a consecuencia de actuaciones llevadas a cabo por el demandado, actuaciones que puede hacer por la regular demora para la resolución de litigios, que hace muy difícil resolverlos en un tiempo adecuado, es por ello que el legislador se ha visto obligado a "crear" determinados instrumentos que permitan a los jueces y tribunales ya no sólo dictar una sentencia conforme a derecho, sino también garantizar al "vencedor" del pleito que se cumpla la misma, pues de no poder garantizar esta finalidad las resoluciones que pudieren dictarse no serían más que píos consejos o meras declaraciones de intenciones.

En relación con todo esto, se entiende que, las medidas cautelares son un instrumento que, estando subordinado al proceso principal van a garantizar que se pueda adoptar aquello que se determine en éste, es significativo al respecto el art. 5 LEC que junto con la tutela declarativa y ejecutiva alude a la cautelar como otra de las posibles formas para garantizar tal tutela[25].

La LEC, aunque de forma indirecta y según BARONA VILLAR[26], mediante la determinación de una serie de reglas especiales tanto delimitadoras de competencia,

---

[24] *"El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan".*

[25] En relación con las medidas cautelares y su denominación, la doctrina se mostraba dividida entre quienes entendían que las mismas debían catalogarse como "medidas cautelares" y afirmaban el carácter instrumental de éstas respecto del proceso principal y quienes defendían que la denominación adecuada era el de "proceso cautelar" defendiendo el carácter autónomo de éste respecto de aquel.

El carácter de la instrumentalidad lo mantenían en relación con los procesos de declaración y ejecución, es decir, ambas posturas afirmaban la instrumentalidad, una de todos los procesos y la otra solo de aquellos de carácter declarativo y ejecutivo. Esta afirmación de la instrumentalidad aplicable a los procesos declarativos y ejecutivos exclusivamente y que era defendida por una parte de la doctrina, se cimentaba en la idea de que la pretensión procesal o lo que es lo mismo el objeto del proceso cautelar es diferente en relación con el proceso principal lo que requeriría un tratamiento específico.

[26] BARONA VILAR, Silvia, *El proceso cautelar: concepto y principios,* en*:* MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil. 16ª edición. Tirant Lo Blanch.* Valencia, 2008, nº pág. 671.

como de actuaciones en el proceso o las que regulan la audiencia previa con carácter general así como las que aluden al desarrollo de la vista, etc…asume la denominación de *proceso cautelar* y su configuración como modalidad de tutela jurisdiccional,

La diferencia que encontramos entre la LEC de 1881 y nuestra nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, es que esta última realiza una propuesta sistemática y autónoma de la tutela judicial efectiva cautelar en el título VI, aludiendo a la tradicional denominación de "medidas cautelares".

Pese a que algún sector doctrinal reclame la denominación de "proceso cautelar", se ha de considerar tal y como establece, LORCA NAVARRETE[27], que lo importante es la función y, por tanto, el ejercicio cautelar de la función jurisdiccional integrado en la tutela judicial efectiva.

A tenor de lo expuesto hasta el momento, podríamos preguntarnos por qué existe la tutela judicial efectiva cautelar, según LORCA NAVARRETE[28], la tutela cautelar se justifica en tanto que, a través de ella se pretende alcanzar la tutela judicial efectiva. Esta justificación es indicadora de la finalidad primaria que se persigue mediante la medida cautelar y que, no es otra que, pueda ser cumplida integrada dentro de la tutela judicial efectiva.

Por su parte GARBERÍ LLOBREGAT[29] entiende que, el adjetivo que utiliza el constituyente y que alude a la efectividad de las medidas cautelares denota la necesidad de que el Estado se comprometa a otorgar una solución factible a las controversias que surgen en el seno de una sociedad, no solamente abarca la medida cautelar como un mecanismo posible en cada proceso, sino que amplía las miras y sitúa su necesidad más allá, como mecanismo necesario para una sociedad y para evitar conflictos que puedan desencadenar otro tipo de conductas más lesivas por parte de los individuos.

Asimismo entiende que estas finalidades se consiguen no sólo con la instauración de un régimen de medidas cautelares sino también con el perfeccionamiento del sistema de ejecución de los pronunciamientos de los tribunales.

Los mecanismos necesarios para asegurar que la tutela judicial sea efectiva adquieren evidentemente un rango constitucional que no solo va a consistir en un derecho a la ejecución de las sentencias sino que también va a incluir un derecho

---

[27] LORCA NAVARRETE, Antonio María, *De las medidas cautelares: disposiciones generales,* en: LORCA NAVARRETE, Antonio María, GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, APARICIO AUÑÓN, Eusebio, etc. *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil. 2º edición. Tomo III. Lex Nova.* Valladolid, 2002, nº pág. 3811.

[28] LORCA NAVARRETE, Antonio María, *De las medidas cautelares…*op.cit., nº pág. 3812.

[29] GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Medidas cautelares y proceso cautelar…*op.cit., nº pág. 33.

fundamental a las medidas cautelares. Es por ello que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[30], ha determinado que aunque dicho derecho no venga consagrado de manera expresa en el texto constitucional, se halla implícito en el derecho a la tutela judicial efectiva, además no podemos obviar que nos encontramos ante un derecho de rango legal en el sentido de que se precisa la intervención del legislador ordinario y que dicho derecho comprende el derecho mismo a que se cumpla lo que se haya determinado en la sentencia, ello con la posibilidad de modificar tal medida con la aportación de una cuantía pecuniaria suficiente para satisfacer aquello que más adelante se dicte.

Lo más importante es que no por el hecho de que el demandante sea tal, se va a imposibilitar al demandado su derecho de defensa o lo que es igual, no por el hecho de que un demandante solicite la adopción de medidas cautelares van a otorgarse de manera inmediata y automática, sino que se contemplan una serie de posibilidades de oposición del demandado que le permitan hacer efectivo su derecho a la defensa. Por lo tanto podemos ver que ese derecho no es un derecho subjetivo simple, sino que lleva aparejadas cuestiones de gran transcendencia que hacen posible que las medidas cautelares tengan la finalidad y cumplan con los objetivos que de ellas se espera.

Cuestión diferente es el derecho fundamental a la tutela judicial cautelar, derecho que el Tribunal Constitucional no acaba de ver implícito en el contenido esencial a la tutela judicial efectiva, si es cierto, que acepta una conexión entre tutela cautelar y el art. 24 CE[31], en la STS nº 238/1992 de 17 de diciembre de 1992, F.J 3º (RTC 1992/238), el legislador no tiene una libertad absoluta, pues si bien es cierto que no va a poder ordenarlas sin condicionamientos constitucionales, tampoco va a poder eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar una medida cautelar. También es interesante, la STS nº 218/1994 de 18 de julio de 1994 F.J 3º (RTC 1994/218) que afirma que "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso".

3.1. Las características de la tutela judicial efectiva cautelar.

No se trata de obtener cualquier tutela cautelar sino aquella que es buscada para la protección de la pretensión esgrimida.

3.2. Obtención de una tutela cautelar efectiva procesal.

La tutela cautelar surge en el ámbito del Derecho Procesal en relación con lo que se conoce como dilación indebida, garantía regulada en el art. 24.2 CE que busca hacer

[30] STS nº 237/1991 de 12 de diciembre de 2001 F.J 1º (RTC 1991/237).

[31] STS nº 238/1992, de 17 de diciembre 1992 F.J 3º (RTC 1992/238), se afirma que, aunque el precepto constitucional antes mencionado no hace alusión alguna a las medidas cautelares, "no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno".

efectiva la tutela judicial. El carácter procesal autónomo y específico de la medida cautelar supone que no pueda ser aplicada a una mera realidad conceptual, es decir, la medida cautelar surge para garantizar un fin pero es aplicable a una realidad única que tiene cabida en el ámbito procesal.

3.3.La ubicación de la tutela cautelar en la tutela judicial efectiva constitucional.

Tal y como hemos expuesto al comienzo de este epígrafe la tutela judicial efectiva viene regulada en el los arts. 24.1 y 117.3 de nuestra constitución. Para LORCA NAVARRETE[32] aunque la tutela judicial efectiva cautelar no se encuentra específicamente regulada en éste artículo, debe entenderse como una de las modalidades del ejercicio funcional de la jurisdicción que surge con autonomía propia dentro de las exigencias de tutela judicial efectiva, es decir, entiende que la tutela judicial efectiva regulada en nuestra constitución se expande a la tutela judicial efectiva cautelar en el ámbito del derecho procesal, de tal manera que no podríamos decir que la tutela cautelar procesal es un incidente "ad hoc" sino una consecuencia de la existencia de una "Litis pendiente" o de un conflicto aún sin resolver.

Es interesante el artículo publicado por SÁNCHEZ BARRIOS[33] que hace mención no sólo al derecho a la tutela judicial efectiva del que iremos hablando a lo largo del presente estudio, es decir, el referente a las medidas cautelares o como se denominará más adelante "*tutela cautelar"*, sino que insta la necesidad de tener en cuenta que este derecho, y ello se desprende del tenor literal del art. 24 CE, debe serle reconocido a todas las personas. Cuando el art. 24.1 CE comienza diciendo "*todos tienen derecho…",* se refiere a todos, tanto españoles como extranjeros. Tampoco podemos dejar de lado la idea de que, si este derecho se reconoce tanto a personas físicas como jurídicas es necesario extender su reconocimiento tanto a las personas físicas como a las jurídicas bien sean de derecho público o de derecho privado.

3.4. La tutela judicial efectiva cautelar posee una inequívoca proyección funcional.

La tutela cautelar en su proyección funcional se encuentra caracterizada por ser procesal y garantista, dentro de esta proyección, la tutela debe regirse por las garantías procesales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes debiendo hacer alusión a la necesaria apariencia de buen derecho de la que hablaremos más adelante.

---

[32] LORCA NAVARRETE, Antonio María, *De las medidas cautelares*…op.cit., nº pág. 3813.

[33] SÁNCHEZ BARRIOS, Inmaculada, "La acción como derecho a la tutela judicial efectiva". *Justicia.* 2010, nº 1-2, nº pág. 175.

Para LORCA NAVARRETE[34], es una tutela ordinaria tanto como lo es la tutela declarativa y ejecutiva, es una tutela que no se puede definir como sumaria aunque es cierto que algunos autores defienden el carácter sumario de la misma equiparando o utilizando como sinónimos los términos sumario y urgencia (más adelante explicaré que tiene de relevante catalogar la adopción de una medida cautelar como urgente). Su función principal es la de asegurar que se cumpla lo dictado en una resolución judicial posterior en el tiempo. Por su parte, PICÓ I JUNOY[35] en su obra, se refiere tanto a la tutela ordinaria como a la tutela de carácter urgente pero también hace alusión a las medidas autosatisfactivas que se conciben como un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota con su despacho favorable, no siendo necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad.

ESCALER BASCOMPTE[36] establece en su obra que, aunque es cierto que cada medida difiere de las restantes en cuanto a su actividad ejecutiva a realizar en orden a su eficacia, también es verdad que existen determinados aspectos comunes que hacen necesario un régimen unificado de las mismas. Por eso parte de la base de entender que las medidas cautelares y las ejecutivas son homogéneas y requieren soluciones unitarias.

Critica el hecho de que el legislador no sea consciente de ésta realidad y aborde la hipótesis según la cual puede utilizarse una misma medida en sede de ejecución dineraria, no dineraria y medidas cautelares como si fueran compartimentos estancos.

Finalmente me gustaría referirme a un pleito en la que se ejercita *acción de responsabilidad contractual dimanante de los contratos de compra venta de viviendas en construcción*, suscritos entre los miembros que integraban la comunidad de

---

[34] LORCA NAVARRETE, Antonio María, *De las medidas cautelares*…op.cit., nº pág. 3815, defiende que las medidas cautelares tienen tanto un carácter ordinario como común, de tal manera que la tutela judicial efectiva cautelar es ordinaria pero no sumaria, es decir, el objeto del proceso no está limitado y es lo que la hace semejante con la tutela judicial declarativa y ejecutiva.

[35] PICÓ I JUNOY, Joan, "De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas, ¿un avance del derecho procesal?", *Justicia,* 2001, nº 2-4, nº pág. 261. En el análisis que realiza sobre las medidas cautelares autosatisfactivas, entiende que las características esenciales de las mismas son, por un lado la urgencia y por otro lado la posibilidad de adoptarse *inaudita parte* y la ejecutividad inmediata. No obstante sin duda alguna lo que más me llama la atención de estas medidas son los presupuestos que han de concurrir para su adopción, pues ya no bastará con probar la existencia del "fumus boni iuris" sino que hay que probar una "fuerte probabilidad". Por otro lado, también será necesario probar un "perjuicio irreparable" y es aquí donde el "periculum in mora" de las medidas cautelares adquiere su mayor plenitud.

[36] ESCALER BASCOMPTE, Ramón, *Medidas cautelares y ejecución. Atelier.* Barcelona. 2013, nº pág. 15 y ss. Es interesante la idea que comparte en esta obra y que se refiere a la necesidad de que la LEC ofrezca un catálogo de medidas potencialmente aplicables a cualquier hipótesis con su oportuno régimen específico unificado y dejara la elección a los tribunales de la más apropiada, ello en aras de intentar resolver la deficiente técnica legislativa empleada al identificar las hipótesis y régimen aplicable a cada una de las medidas.

propietarios y la referida entidad promotora[37], en el estudio realizado por TORRES-DULCE LIFANTE, muestra que en la demanda se solicitaba la adopción de medidas cautelares, concretamente, la anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad sobre una finca registral asegurada, la cual fue estimada y recurrida, dictándose posteriormente Auto por el que se dejaba sin efecto la medida cautelar razonando que "no se dio la aportación de prueba preliminar por parte del demandante".

El recurrente aduce en su demanda, que la resolución impugnada ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, alegaba que con la solicitud de medidas cautelares invocaba de manera expresa la totalidad de la prueba documental de la que pretendía valerse en el ámbito de las medidas cautelares por cuanto justificaba la concurrencia de los presupuestos legales exigidos por la doctrina del TC al afirmar que, "cuando únicamente se alega el art. 24.1 CE debe tenerse presente que no toda vulneración de normas y derechos procesales producida en los procesos relativos a la adopción y ejecución de medidas cautelares es susceptible de convertirse en objeto del recurso de amparo"[38].

Solo puede atribuirse esta condición cuando lo que se recurre es "un acto u omisión judicial que venga a negar decisivamente la protección procesal de los derechos e intereses legítimos cuya tutela se pretende ante los tribunales"[39].

Prosigue la doctrina aplicada por el TC diciendo en STS nº 238/1992 de 17 de diciembre de 1992 F.J 3º (RTC 1992/238)[40] que, "para que la tutela judicial sea efectiva debe evitarse que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano judicial en su momento". Por todo esto, el TC a la luz de ésta doctrina, no entiende prematura la demanda de amparo y ello porque "se aportaban datos indiciarios que permitían concluir que, de no repararse las vulneraciones procesales aducidas, la futura resolución de fondo no podría establecer en su plenitud la situación anterior del derecho de contenido patrimonial , y ello porque

---

[37] TORRES- DULCE LIFANTE, Eduardo, el TC aplica su doctrina del error patente a la motivación de una resolución judicial, al examinar cómo la Sala de la Audiencia Provincial dejaba sin efecto una medida cautelar, Tribunal Constitucional TC Sala Primera, STS nº 159/2008 de 2 diciembre de 2008 (RTC 2008/159). La ley. 2009, nº 179, nº pág. 20 y ss.

[38] STS nº 158/2008 de 2 de diciembre de 2008 F.J 2º (RTC 2008/159)

[39] STS nº 237/1991 de 12 de diciembre de 2001 F.J 1º (RTC 1991/237), que establece que cabe interponer recurso de amparo cuando se produzca una acción u omisión que afecte a una medida cautelar que pretenda evitar un daño sobre los derechos e intereses controvertidos.

[40] Esto no quiere decir que cuando el derecho objeto de debate en el proceso principal tenga un contenido patrimonial deba rechazarse la aplicación de la medida cautelar sobre la base de que no se van a producir daños irreversibles, dado que tras la resolución judicial podrá interponerse una indemnización de daños y perjuicios, ya se ha visto que en algunos casos, estas indemnizaciones por daños y perjuicios pueden resultar tan insuficientes para los pleitos de índole patrimonial como para otro tipo de procedimientos.

las actividades de la entidad promotora demandada, al incrementar la superficie destinada a trasteros en la misma superficie perdida en la zona común destinada a almacén y cuarto de instalaciones, reclamada por la entidad demandante, suponía la conformación de tal zona común en fincas independientes (…)**,** Por todo ello la supuesta vulneración de normas y derechos procesales producida en este proceso relativo a la adopción y ejecución de las medidas cautelares, no tiene carácter prematuro y por el contrario es susceptible de convertirse en objeto de recurso de amparo".

Según TORRES-DULCE LIFANTE[41], el interés de esta sentencia reside en que no suele ser común que el TC acepte demandas de amparo en relación con resoluciones de carácter interlocutorio de índole cautelar, pues entiende que el procedimiento principal permite la adopción de esta medida. Entiende que, esta doctrina es muy rígida y que debe aplicarse con cierta moderación, pues debe evitarse que el hecho de no adoptar una medida cautelar de lugar a situaciones perjudiciales de carácter irreversible.

En el caso de autos, era evidente la irreversibilidad que se hubiera podido producir en caso de no haber adoptado la medida, algo con lo que estamos de acuerdo totalmente puesto que, de no haberse adoptado la misma, podrían haberse vendido como trasteros lo que nos llevaría a la posibilidad de aplicar el art. 34 LH alegando la adquisición a título de buena fe.

Por otro lado, la parte que solicita la anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad, había propuesto prueba al solicitarla, por lo tanto, el error al negar estas circunstancias lleva a la posibilidad inequívoca de presentar recurso de amparo que, como ya sabemos se fundamenta en la vulneración de alguno de los derechos contenidos en los arts. 14 a 29 de la constitución entre los que encontramos el art. 24.1 que regula el derecho a la tutela judicial efectiva.

4. Caracteres de las medidas cautelares:

Toda medida cautelar ha de pronunciarse en el seno de un proceso, por lo tanto, no es independiente, sino que ha de mantenerse subordinada a la pretensión principal y además es homogénea exigencia ésta que se justifica porque, difícilmente se puede asegurar algo mediante mecanismos que no guarden cierta similitud. Por lo tanto, en lo que sigue me gustaría referirme a los caracteres de las medidas cautelares, entre los que encontramos:

[41] TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo, *El TC aplica su doctrina del error patente a la motivación de una resolución* judicial…op.cit., nº pág. 22.

4.1.Instrumentalidad.

Las medidas cautelares, para ASENCIO MELLADO[42], se definen por su instrumentalidad, de tal manera que cabría entender ésta como el carácter no autónomo de las medidas cautelares, las cuales deben ser adoptadas en el seno de un proceso o con anterioridad al mismo pero subordinadas a la iniciación del procedimiento con carácter posterior. A éste carácter instrumental se refiere el art. 726.1.1º en el que se determina que "*el tribunal podrá acordar como medida cautelar, cualquier actuación, directa o indirecta que reúna las siguientes características: ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad*[43] *de la tutela judicial"*[44].

En relación con esto debemos tener en cuenta que la adopción de una medida cautelar debe guardar estrecha relación con la aplicación del art. 730.2 "*podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda".* Lo que nos permite ver que la instrumentalidad no sólo va a ser una manifestación de las características de las medidas cautelares sino que además también ofrece un amplio abanico de posibilidades.

Si bien es cierto que la adopción de una medida cautelar debe ir relacionada con el procedimiento principal, ello no obsta para que la instrumentalidad se pueda observar incluso si el solicitante requiere en primer término su adopción y posteriormente inicia el procedimiento que es donde verdaderamente se va a materializar esta característica.

Por su parte BARONA VILAR[45], define esta instrumentalidad de manera similar, añadiendo simplemente que esta medida cautelar puede adoptarse tanto en un proceso declarativo como en un proceso de ejecución, de forma que, la instrumentalidad es elemento necesario de la adopción de una medida cautelar, pero no solamente debe existir en el seno de un proceso en el que se pueda, mediante una sentencia favorable posterior, ejecutar al sujeto, sino que también es elemento necesario cuando el litigio surja a cerca de la declaración de la existencia o en su caso de la no existencia de un derecho.

---

[42] ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Civil. Parte segunda. Ley 1/2000. Tirant Lo Blanch.* Valencia, 2001, nº pág. 136.

[43] AAP nº 243/2011 de Madrid de 26 de Septiembre de 2011 F.J 2º (JUR 2011/360246) concibe las medidas cautelares como "expediente mediante el cual se persigue la efectividad de la resolución que en su día pueda recaer en el litigio. Constituyen mecanismos en muchos casos necesarios para el fin indicado, que gozan de un amplio respaldo tanto legal como constitucional".

[44]Esa tutela judicial regulada en el art. 24 CE podrá otorgarse si en su caso se dictase una sentencia estimatoria posterior, lo cual posibilita que la concesión de las pretensiones instadas por parte del actor puedan ser concedidas y que no puedan verse impedidas a consecuencia de situaciones que puedan producirse durante la pendencia del proceso.

[45]BARONA VILAR, Silvia, *El proceso cautelar: concepto y principios…*op.cit., nº pág. 678.

La gran mayoría de los autores conciben una idea común de la instrumentalidad cómo elemento definitorio de las medidas cautelares, no obstante, surgen discrepancias en relación con algunos de los demás caracteres.

4.2. Temporalidad.

La temporalidad alude a la duración limitada de las medidas cautelares, para BARONA VILAR[46], tal duración no es necesario que se dimane en un momento anterior, es cierto que las medidas cautelares nacen para extinguirse pues dependen de la duración del proceso principal, pero lo que no parecería lógico es que se tuviera que determinar la duración concreta de la posible medida cautelar adoptada porque en ese caso, si el proceso principal alargase su duración, la finalidad perseguida por las medidas cautelares quedaría inexistente.

La razón de ser de la justicia cautelar se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso del tiempo que transcurre hasta que recae el pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

4.3. Proporcionalidad.

Las medidas cautelares deben causar el menor daño posible, no podemos olvidar que surgen de la injerencia realizada en el patrimonio del demandado que aún no ha sido condenado. A este carácter de proporcionalidad se refiere el art. 726.1.2º al establecer que "*el tribunal podrá acordar como medida cautelar, aquellas que reúnan las siguientes características: no ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz".*

En su obra, ASENCIO MELLADO[47]resalta la posibilidad que otorgan los artículos 746 y 747 LEC[48] en los que se regula la posibilidad de autorizar el alzamiento de las medidas cautelares y de ser sustituidas en su caso por una caución, siempre y cuando la misma asegure la efectividad de la sentencia, es así como el legislador opta por eliminar aquellas posibles situaciones que puedan perjudicar de manera grave al demandado.

---

[46] BARONA VILAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil…*op.cit., nº pág. 678.

[47] ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho procesal…*op.cit., nº pág. 136.

[48] El artículo 746 se refiere a la caución sustitutoria "*aquel frente a quién se hubieran solicitado o acordado medidas cautelares podrá pedir al tribunal que acepte, en sustitución de las medidas, la prestación de una caución suficiente",* por su parte el art. 747 establece la forma de solicitar la caución sustitutoria.

4.4. Provisionalidad.

Toda medida cautelar queda supeditada al proceso principal, se extingue con la sentencia firme.

En el AAP nº 201/2011de Barcelona de 15 de diciembre de 2011 F.J 2º (JUR 2012/344285) se entiende que "los pronunciamientos cautelares son por esencia provisionales: tienden a remediar una situación provisional que puede impedir la efectividad del pronunciamiento principal, de esa idea de provisionalidad se deriva que al resolver sobe la solicitud de medidas cautelares, necesariamente, deban ser tomadas en consideración todas aquellas circunstancias que, siendo conocidas, hayan accedido al procedimiento cautelar hasta el momento mismo de la decisión" y puede ser alzada o modificada durante el proceso[49].

La provisionalidad es un requisito en el que también están de acuerdo la mayor parte de los autores como ASENCIO MELLADO[50], entienden que en alguna ocasión puede mantenerse una medida cautelar una vez que haya concluido el proceso principal salvo el plazo establecido en el art. 548[51], además hay que tener en cuenta que la provisionalidad también hace referencia a los supuestos de suspensión de un proceso, que suele ocurrir con bastante frecuencia, en estos casos, la medida cautelar no se mantendrá más de seis meses.

Por otro lado la autora BARONA VILAR[52]define la provisionalidad como aquella cualidad aplicable a las medidas cautelares que hacen que las mismas no pretendan configurarse como definitivas. Esta característica es también aplicable a otras instituciones como la ejecución provisional de la sentencia, en donde la provisionalidad tiende a convertirse en definitiva, porque solo desaparecen sus efectos si la sentencia es revocada, mientras que las medidas cautelares desaparecerán.

---

[49] Tal provisionalidad aparece reflejada en el art. 726.2 LEC que establece que, "*con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte*".

[50] ASENCIO MELLADO, José María, D*erecho procesal civil*…op.cit., nº pág. 136.

[51]"No se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme". A propósito de este artículo me gustaría decir que el carácter provisional de la medida cautelar, no esta reñido con sus subsistencia durante el período en que, según el art. 548, no puede haber petición de actividad jurisdiccional ejecutiva. La ley no se refiere específicamente a la actividad de justicia cautelar, y es por ello que el cese de las medidas cautelares que se hubieran adoptado pueden dar al traste con el resultado ya conseguido incluso dando nacimiento a situaciones que harían imposible la ejecución, como el nacimiento de la titularidad protegida por el Derecho Hipotecario (art. 34 LH) o cualquier otra ligada a una adquisición a "non domino" (art. 464 CC).

[52]BARONA VILAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional II*…op.cit., nº pág. 678.

PEDRAZ PENALVA[53], realiza un comentario acerca del art. 731 de la LEC y su accesoriedad. Al igual que la LEC de 1881[54], la nueva LEC recoge numerosas hipótesis de reposo del proceso y concibe la adopción de medidas cautelares durante la suspensión del proceso, ello viene determinado en el art. 64.2 que se refiere a la suspensión previa de declinatoria. La mejora del texto del Proyecto de LEC no obsta a una mayor finura al fijar los supuestos de suspensión e interrupción, su precisa delimitación surge tanto de la enumeración de hipótesis de suspensión y de interrupción como de determinadas afirmaciones. Tampoco podemos olvidar que, debido a la necesidad de que el proceso se desarrolle en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, comporta ya la sujeción a tiempos procesalmente previstos, por lo que su desconocimiento deberá ser judicialmente motivado. Por ello la decisión que acuerde la paralización del proceso, revestirá forma de auto[55].

En definitiva, este autor viene a señalar que la proclamación del art. 731 párrafo segundo, es de difícil aplicación *a priori* pues requiere examinar caso por caso y supeditando los 6 meses a la verdadera prueba de la responsabilidad del actor en el mantenimiento de la suspensión, por otro lado, entiende que no sería tan necesario este alzamiento cautelar si el solicitante ha prestado la previa caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse, algo que ya hemos visto y veremos más adelante pues no hay posiciones discordantes en torno a esta idea.

La provisionalidad va estrechamente relacionada con la instrumentalidad, la finalidad de ambas dos es que, las medidas cautelares no perduren en el tiempo de manera indefinida, sino que se garantice una finalidad, independientemente del lapso de tiempo que transcurra, no cabe fijar un plazo a priori de existencia de las medidas cautelares pues ello iría en contra tanto de la institución de la medida cautelar así como en contra de la finalidad perseguida por las mismas sin obviar que de llevarse a cabo esto, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva[56].

---

[53]PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *La tutela cautelar en la ley de enjuiciamiento civil*, en: VALLS GOMBAU, José Francisco, *Las medidas cautelares y los recursos. Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid. 2000, nº pág. 73.

[54] La vigente LEC de 1881 acoge como supuestos de paralización del proceso los siguientes; en relación con lo previsto en el art. 323 (9.2 desistimiento voluntario del procurador o por cese en su oficio; 9.4 traslado de los derechos sobre la cosa litigiosa; 9.7 muerte del del procurador). Inhibitoria y declinatoria, acumulación de autos, recusación de magistrados, jueces de primera instancia y asesores en el momento de citación para sentencia, recusación de un juez municipal. Prejudicialidad penal, excepción dilatoria, etc.

[55] Art. 248.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

[56]Si bien es cierto que el art. 24 CE alude al derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, no podemos obviar, el apartado 2º de este artículo que postula como una de las garantías necesarias de este derecho el derecho a un procedimiento "con las debidas garantías". Esta idea si la transportamos al asunto que nos ocupa evidencia la necesidad de que el procedimiento no se tramite dentro de un plazo obligado de tiempo, pues en ese caso actuaciones como la práctica de la prueba

5. Presupuestos materiales para la adopción de medidas cautelares:

El proceso tiene cabida a lo largo de un período de tiempo, periodo que no es concordante entre lo que la ley marca y el tiempo real de su duración. Esto da lugar a que a raíz de ese espacio temporal pueda no cumplirse de manera efectiva con el contenido de la sentencia, es por ello, que el legislador para hacer verdaderamente posible el cumplimiento del derecho a la ejecución de la sentencia, ha dejado plasmado dicho principio en el artículo 24.1 de nuestra constitución. Este reconocimiento implica adoptar previamente cuantas medidas sean necesarias para asegurar, desde un primer momento, la eficacia misma de la sentencia que en su caso se dicte. En relación con los presupuestos de las medidas cautelares, es relevante el AAP nº 122/2002 de las Palmas de 10 de octubre de 2003 F.J 2º (JUR 2003/80395) en el que la cuestión debatida es si concurre el *fumus boni iuris* del que hablaremos más adelante entre otros presupuestos y en donde se peticiona la suspensión del acuerdo adoptado por la Junta General viendo esta pretensión cumplida por desestimarse el recurso interpuesto contra ese auto de impugnación.

Podemos así definir las medidas cautelares como resoluciones judiciales tendentes a anticipar los efectos de una futura e hipotética sentencia definitiva y que se acuerdan con el fin de evitar la frustración de la sentencia que en su día se emita, definición dada por ASENCIO MELLADO[57] que además entiende que es por el carácter provisional de tales medidas, por lo que se necesita que las mismas queden sujetas a una serie de presupuestos.

5.1. Fumus boni iuris.

Según ASENCIO MELLADO[58] la adopción de una medida cautelar, implica que el actor, justifique una apariencia de derecho a su favor y en contra del demandado sobre el que solicita la medida. Este presupuesto y aunque ello no es objeto de estudio

---

o el derecho de defensa podrían quedar vulnerados por no disponer de un tiempo suficiente para su tramitación.

No tendría sentido que la medida cautelar tuviera un tiempo de "caducidad" porque en ese caso el procedimiento se deberá tramitar con unas reglas de índole temporal anteriores para garantizar la finalidad de las medidas cautelares lo cual dejaría indefenso al demandado que aún no ha sido condenado.

[57] ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho procesal civil. Parte segunda…*op.cit., nº pág. 133, las medidas cautelares suponen una injerencia en los derechos y bienes de un sujeto, el demandado, que aún no ha sido demandado y que, por tanto, no ha sido declarado deudor ni puede ser sujetado a ejecución forzosa.

[58] ASENCIO MELLADO, José María, D*erecho procesal civil. Parte segunda…*op.cit., nº pág. 134.

en este trabajo, tal y como expone DÍAZ MARTÍNEZ[59] es necesario que sea acreditado por el solicitante de las medidas cautelares reales en el proceso penal Pero además deberá probar también la concreta probabilidad de que se produzcan, durante la pendencia del proceso, situaciones que impidan o dificulten la efectividad del pronunciamiento civil de condena que pueda incorporar la Sentencia penal, algo que no dista de lo que ocurre en el proceso civil.

Por su parte, el apartado segundo del artículo 728 LEC, exige como condición para la adopción de cualquier medida cautelar, que se acredite aun de forma aparente la existencia del derecho que constituye el objeto de la pretensión. Para RIFÁ SOLER[60], una de las cosas más llamativas de este presupuesto es la observancia que debemos tener en la dificultad que implica realizar la operación intelectual de decisión que establece la Ley. El art. 728.2 LEC exige que el solicitante aporte esos datos o justificaciones que conduzcan al tribunal, que no podrá prejuzgar el fondo del asunto, a un juicio provisional indiciario. Sin embargo, es una cuestión muy difícil llegar a un juicio provisional indiciario si no se conocen los autos y las circunstancias del asunto.

Art. 728.2 "*el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión"*[61].

---

[59] DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, "El nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares civiles en el proceso penal", *La Ley.* 2004, nº 6059, nº pág. 2.

[60] RIFÁ SOLER, José María, *Requisitos de las medidas cautelares. Modificación y alzamiento de las cautelas,* en: VALLS GAMBOU, José Francisco, *Las medidas cautelares y los recursos. El Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid.2000, nº pág.106, en relación con la acreditación previa del "fumus boni iuris" plantea la dificultad del solicitante del fundamento probatorio en relación al juicio provisional que permita al juez acordar la adopción y hace hincapié en la mayor dificultad existente aun si cabe, cuando lo que se solicitan son medidas anticipatorias porque en estos supuestos la decisión de cómo se deban valorar estos documentos y cómo emitir el juicio provisional, debería atribuirse a un juez distinto que el que va a conocer del proceso principal, esta cuestión es interesante porque me nos hace compartir totalmente esta idea con este autor, y es una cuestión que abordaremos más adelante.

[61] STS nº 183/2002 de 17 de diciembre de 2002 F.J 1º y 2º (JUR 2003/82556), se considera "fumus boni iuris" suficiente para la adopción de la medida cautelar la existencia de un documento o factura acreditativo de la deuda aportada con la demanda, así como un documento manuscrito que ha sido realizado por la parte demandada.

Esta sentencia nos llama la atención en el sentido de que se otorga una fuerza probatoria aun indiciaria a un documento manuscrito por la propia demandada y a una factura que presuntamente acredita la deuda, concluye que "en relación al requisito de la apariencia de buen derecho, ha de entenderse cumplido con la presentación de datos, argumentos y justificaciones documentales suficientes para llevar al juzgador a un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión del demandante". Pues bien, debemos entender que la presentación de esos documentos son "suficientes", pero además la sentencia sigue diciendo que "la acreditación indubitada de las pretensiones del demandante no son necesarias". Por otra parte expone esta Audiencia Provincial de Granada que "se deduce la existencia de un documento o factura acreditativo de la deuda aportado con la demanda así como un documento manuscrito que se dice confeccionado por la parte demandada, siendo suficientes para que el juzgador de la instancia entienda que existen indicios

Esta necesaria acreditación[62] de carácter provisional de la existencia de un derecho en favor del demandante, tiene que ser efectivamente indiciaria. Tenemos que tener en cuenta que en muchas ocasiones la demanda ni siquiera se ha interpuesto y en otras tantas ni siquiera se ha llegado a practicar prueba alguna, por ello debemos definir el *fumus boni iurs*[63], como la justificación del derecho en términos de mera probabilidad, de seriedad de la demanda y siempre fundada en un principio de prueba que, como regla general lo ha de ser documental.

También podemos mencionar el AAP nº 15/2002 de 12 de abril F.J 3º (AC2002/697) en donde se reitera esa necesidad de presentar datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar, por parte del tribunal sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional indiciario favorable al fundamento de su pretensión.

Autores como el ya reiterado, GARBERÍ LLOBREGAT[64]explica que a consecuencia del escaso número de elementos de juicio con los que se cuenta en ese momento, no se le puede pedir al Juez o Tribunal que alcance una certeza absoluta y total acerca de la existencia y fundamento del derecho invocado, sino que debe basarse en una simple apariencia o probabilidad sobre el mismo. Como podemos ver vuelve a reiterarse esa probabilidad, que es tanto aplicable al solicitante de las medidas cautelares, como al juicio realizado por el órgano sentenciador que es la perspectiva desde la cual autores como el que acabo de mencionar aprecian esa mínima justificación.

---

favorables sobre la existencia de la deuda". Esta jurisprudencia es reiterada en otros muchos procesos de similar naturaleza como aquel que versa sobre *reclamación de cantidad por el impago de determinadas prestaciones*. En este caso el juzgador entiende que la documentación aportada por la actora que consiste en "documentación de uso corriente en el tráfico mercantil" tales como albaranes, facturas, etc…aún no firmados por la demandada, es acreditativa de la apariencia de buen derecho o aquel pleito en el que el objeto del mismo atiende a *una reclamación de cantidades conferido a vendedores y suministradores de materiales en una obra* ajustada alzadamente por el contratista, se justifica el buen derecho por el hecho de que el actor aportase, junto con su solicitud inicial datos y justificaciones documentales que a simple vista acreditan los presupuestos de la acción ejercitada, es decir, la existencia a su favor de la deuda frente a la subcontratista, reclamación extrajudicial y existencia de un crédito.

[62] Acreditación o concurrencia del "fumus boni iuris" que según la AAP nº 333/2003 de Cádiz de 31 de julio de 2003 F.J 2º (AC 2003/1584) "implica que la existencia del derecho o interés jurídico afirmadas ha de parecer verosímil, o sea suficiente para que de seguir un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal declarará el derecho en sentido favorable al que solicita la medida cautelar".

[63] Como ya sabemos antes de la declaración de concurso pueden adoptarse medidas cautelares patrimoniales que requieren que se cumplan con los presupuestos generales para la adopción de medidas cautelares, en este sentido, para determinar si concurre el presupuesto del "fumus boni iuris", en el ámbito de la ley concursal, hay que partir de la consideración de que éstas medidas están relacionadas exclusivamente con la posibilidad de que la solicitud se termine estimando y declarando el concurso, es decir, la propia admisión a trámite de la solicitud, que constituye presupuesto para que puedan adoptarse las medidas cautelares implica ya un juicio de pronóstico favorable a que concurren los presupuestos del concurso.

[64] GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Medidas cautelares y proceso cautelar*...op.cit., nº pág. 50.

En relación con este presupuesto, la doctrina ha mostrado varias veces sus dudas acerca de si la adopción de una medida cautelar mina o no la imparcialidad del titular del órgano judicial hasta el punto de dejarle incapacitado por haberse producido un prejuzgamiento anterior. Es llamativo el hecho de que en relación con las medidas cautelares se permite que sea el mismo órgano el encargado de dilucidar su adopción o no y de resolver posteriormente sobre el fondo del asunto y que aun así se haga ahínco en la imparcialidad, pero en el orden procesal penal se realiza esta separación entre juez instructor y decisor, y aunque es cierto que en el orden penal las sanciones son de mayor transcendencia y gravedad, no podemos obviar el principio de igualdad regulado en el art. 9.3 CE, principio que no se cumple al afirmar la imparcialidad en el orden procesal civil aun cuando el órgano sea el mismo y reiterarla en el orden procesal penal en donde los jueces son diferentes, el que instruye no puede juzgar.

5.2. Periculum in mora.

Podemos entender por "periculum in mora" el peligro que debe concurrir en cada caso, de frustración de cumplimiento efectivo de la sentencia si no se adoptan previamente las debidas cautelas. A éste concreto presupuesto, se dedica el art. 728.1 LEC, el cual establece que "s*olo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria"*[65].

[65] STS nº 40/2016 de 23 de febrero de 2016 F.J 3º (JUR 2016/62576) que se refiere al "periculum in mora" en relación con las cláusulas suelo y por otro lado la STS nº 35350 de 10 de marzo de 2016 F.J 1º, 2º, 3º y 4º (JUR 2016/52668).

En relación con la segunda sentencia, queda denegada la adopción de tal medida cautelar, el recurrente expone entre sus argumentos los siguientes "procede la suspensión de la resolución por existir "periculum in mora" ya que su ejecución causará daños y perjuicios de imposible o difícil reparación (…) como el grave riesgo de que los clubes de fútbol españoles no puedan participar en competiciones ni actividades deportivas internacionales por vulneración de la normativa FIFA, no existiendo por el contrario ningún perjuicio para el interés público". La denegación de tal petición se fundamenta en los siguientes motivos "la razón de ser de la justicia cautelar reside en la necesidad de evitar que el tiempo necesario para decidir el litigio cree una situación irremediable que le haga perder su finalidad".

"La jurisprudencia se ha mostrado cauta, reservando este nuevo parámetro de valoración para los casos de manifiesta nulidad de pleno derecho y para aquellos supuestos en los que exista una decisión judicial anterior que permita integrar esa apariencia". Finalmente se fundamenta que "corresponde a quien la pide (la adopción de la medida cautelar) la carga de probar adecuadamente siquiera de forma indiciaria los daños y perjuicios de reparación imposible que se irrogarían o a la situación irreversible que se crearía de no decretarse la suspensión. No basta una mera invocación genérica", por lo tanto, "la pretensión cautelar debe desestimarse porque la Federación demandante se limita a aducir daños meramente hipotéticos y eventuales consistentes en la posibilidad de que la federación pueda ser suspendida o expulsada de competiciones por el hecho de que la Orden a su entender implica una injerencia por parte de los poderes públicos en contrario a los estatutos de la FIFA, es por ello, que la generalidad e imprecisión de su planteamiento obliga a desatender su petición, pues los daños cuya irreparabilidad puede justificar la puesta en marcha de las previsiones cautelares ha de ser real y efectivo".

En relación con el "periculum in mora", me gustaría hacer alusión al estudio llevado a cabo por MARCOS FRANCISCO[66], que plantea la cuestión (aplicada en las Audiencias Provinciales catalanas) de denegación de la medida cautelar de cesación de aplicación de cláusula suelo por entenderse que resoluciones como la cuestionada del juzgador catalán no son aisladas -y ello es algo de lo que soy conocedora-, sino una más de las no pocas que no estiman la solicitud de igual medida cautelar por entender que no concurre tal peligro por la irretroactividad de la sentencia "en atención a que los efectos de una eventual sentencia estimatoria afectarían a las cuotas de ese préstamo devengadas a partir de la fecha de la presentación de la demanda, por estimarse que la devolución del exceso supuestamente cobrado durante el transcurso del proceso no corre riesgo alguno de perderse". En el resto de comunidades autónomas las opiniones están divididas, muchas siguen las pautas marcadas por el TS que dictó en STS nº 156/2016 de 30 de marzo de 2016, F.J 2º (AC 2016/606) en relación con una acción colectiva, que procedería declarar la irretroactividad de la sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afecte "a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia" con lo que, de aceptarse ésta conclusión tendríamos que aceptar la medida cautelar como necesaria para asegurar los efectos del derecho subjetivo ejercitado en el proceso con efectos desde la resolución cautelar. No obstante, estamos ante una cuestión nada pacífica en la jurisprudencia, de forma que existen pronunciamientos diferentes sobre el particular tanto en juzgados como en Audiencias Provinciales.

En cambio otras Audiencias han seguido el criterio general de la retroactividad de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula suelo[67]acordando por unanimidad "reconocer el efecto devolutivo de las cantidades percibidas indebidamente" y ello porque entiende que el principio del que ha de partirse, ante la sanción de nulidad, es de la regla general de retroactividad[68]. Desde mi punto de vista, creo que es necesario aplicar el principio de retroactividad y ello porque el art. 9.3 CE reitera la "*irretroactividad de las disposiciones sancionadoras NO favorables o restrictivas de derechos individuales"*, pero en este caso, la retroactividad es favorable a la pretensión del sujeto.

---

[66] MARCOS FRANCISCO, Diana, *Medidas cautelares en procesos individuales de consumo suspendidos por litispendencia impropia o prejudicialidad civil. Notas jurisprudenciales. Centro de estudios de consumo.* Valencia. 2015, nº pág. 1-5, que realiza un estudio sobre el problema surgido en la actualidad a cerca de las llamadas "cláusulas suelo".

[67] STS nº146/2015 de 17 de junio de 2015, F.J 6º (JUR 2015/193587).

[68] Las distintas posturas que los tribunales mantienen supone divergencias importantes en el terreno procesal en orden al momento en el que conviene instar las medidas cautelares; y al momento para el cual deber ser solicitadas, e incluso hace que en algunas ocasiones el consumidor desista de plantear una pretensión que le va a reportar una ventaja mínima y puede suponerle un sacrificio económico-por la fianza que puede ser exigida- más allá de sus posibilidades o de su conveniencia.

Por otro lado tenemos, la STS nº 6127/2001 de 15 de Marzo de 2004 F.J 2º, (RJ 2005/2950), en la que uno de los motivos alegados es la infracción de la doctrina de la apariencia de buen derecho. Procede la aplicación del "periculum in mora" en aquellos casos en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Hay que hacer alusión al art. 24.1 de la CE de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad del acto o la suspensión de la vigencia de la disposición reglamentaria deja de tener carácter excepcional y se convierte en instrumento de la tutela judicial ordinaria y es así como surge el *fumus boni iuris*, entendiendo por tal el deber que tiene tanto la administración[69] como los tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad de la resolución administrativa o judicial, además se exige el "periculum in mora" debiendo estar justificado que de no adoptarse tales medidas pueda producirse la ineficacia del proceso, también se alega la necesidad de presentar justificación o prueba (aun incompleta o por indicios). Finalmente se alude en esta sentencia al criterio de ponderación de los intereses concurrentes entendiendo que es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y a ello se ha dedicado la jurisprudencia.

Atendiendo a esto hay que valorar y es valorado por la sentencia si impera el derecho de la titular de la Casa Palacio del S. XVIII a privatizar y "candar" los terrenos conexos a dicho edificio o si impera el derecho público vecinal de paso por los mismos, dice la resolución de la misma, que lo que tiene mayor importancia es, por un lado mantener la intangibilidad de la Casa Palacio y por otro, permitir el paso por los terrenos lindantes pues los acuerdos municipales no son susceptibles en este caso de crear un perjuicio a la parte actora con la entidad necesaria para que el proceso pierda eficacia que a fin de cuentas es vallar el terreno, en el segundo argumento esgrimido en la sentencia se alude a la existencia de otro camino que puede ser utilizado por los vecinos, desestimándose dicha alegación por entenderse que esa información no tiene suficiente contraste probatorio y que además sin la existencia de unos perjuicios palpables a la parte actora han de considerarse preferentes los intereses generales.

Dice el art. 728.1 "*tan solo es posible el acuerdo de medidas cautelares si el peticionario de las mismas acredita que, en caso de no adoptarse, pueden producirse durante la pendencia del proceso situaciones susceptibles de impedir o dificultar la eficacia de la sentencia que se pronuncie en su momento*", algo que a mi juicio en este caso no ocurre, dado que el mero tránsito de los vecinos por tales terrenos no impediría que en caso de que la sentencia fuera favorable a las pretensiones de la titular de la vivienda pudiera ésta vallarla o candarla que es su deseo.

---

[69] Véase también, STS nº 181/2012 de 1 de Julio de 2013 F.J 2º, 5º y 4º (JUR 2013/244835).

En la STS nº 40/2016 de 23 de Febrero de 2016 F.J 3º (JUR 2016/62576), la apelante establece que "la medida cautelar que se combate tiene por finalidad asegurar la efectividad del pronunciamiento declarativo de nulidad de la cláusula suelo, no la pretensión de condena a la devolución de prestaciones y se funda, en la posibilidad de que la vigencia de la cláusula discutida unida a la duración del proceso, puede causar a los actores perjuicios no evaluables ni compensables económicamente pero de tal entidad que conlleven a la inutilidad de la sentencia estimatoria, es decir, la pervivencia de la cláusula durante el proceso puede dar lugar a la imposibilidad para los actores de hacer frente al pago de la cuota del préstamo garantizado por hipoteca", no obstante, y una vez vistos los argumentos de la parte actora, las medidas cautelares fueron denegadas "es obvio que el perjuicio existe pues deben pagar una cantidad superior a la que pagarían si no se aplicase el límite a la variación de los intereses, pero si como se ha dicho, la medida cautelar de anticipación del fallo debe ser aplicada de forma restrictiva y debe ser un perjuicio relevante y debidamente justificado", aquí ello no queda acreditado.

Es también interesante el AAP nº 136/2004 de Madrid de 27 de abril de 2004 F.J 2º (JUR 2004/247304) que recalca la doctrina dictada por el TS y el TC en relación con los requisitos necesarios para que se pueda producir parcialmente esa anticipación de la decisión final que supone una medida cautelar[70] y la STS nº 291/2000 de 30 de noviembre de 2000 F.J 5º (RTC 2000/291).

GARBERÍ LLOBREGAT[71], establece que este presupuesto a su vez viene constituido por dos elementos diferentes, el primero de ellos, alude a la necesidad de que la resolución judicial dictada, aquella que aluda al objeto del proceso, deba pronunciarse tras la realización de una serie de actos legales previos. El segundo alude a la posibilidad cierta y real de que mientras transcurre ese tiempo, deban realizarse actos que permitan verificar acciones que imposibiliten o dificulten el cumplimiento (voluntario o forzoso) de la resolución final[72].

---

[70] Entre estos requisitos encontramos la necesidad de la existencia de una situación jurídica cautelable que vendrá configurada por el tipo de pretensión ante la que nos encontremos, la manifestación del derecho ejercida como verosímil "fumus boni iuris", el peligro de un daño inmediato e irreparable por el retraso en recibir la prestación, temporalidad, correlación y adecuación de la medida con las consecuencias que han de derivarse con la resolución y fianza que el juez señale cando el juez así lo exija (como ya hemos visto la fianza era uno de los presupuestos básicos para la adopción de medidas cautelares en la LEC de 1881).

[71] GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Medidas cautelares y proceso cautelar*…op.cit., nº pág. 56, realiza un estudio sobre el "periculum in mora" o lo que es lo mismo, la posibilidad de que se originen daños y perjuicios como consecuencia del mero transcurso del tiempo que resulta en todo caso necesario para alcanzar en el proceso una resolución definitiva sobre el litigio, dicho estudio acerca de tal presupuesto lo hace basándose en consideraciones previas aportadas por autores como Calamandrei.

[72] STS nº 4516/2015 de 26 de febrero de 2016 F.J 5º (JUR 2016/51746), el representante legal de "Sociedad Promotora Bilbao Gas Hub SA" interpone recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 984/2015 por el que se regula en el mercado organizado de gas y el acceso a terceros a las

En la sentencia de 26 de febrero de 2016, uno de los representantes legales de una empresa de Bilbao, interpone recurso contencioso-administrativo en relación con la intervención de terceras personas a las instalaciones del sistema de gas natural, la petición de la medida cautelar es por un lado, que MIBGAS no reciba ningún tipo de pago en concepto de ayuda y por otro que tales posibles pagos se consignen en una cuenta bloqueada, se defiende la existencia del "periculum in mora" sobre la base siguiente "irreparabilidad del daño y pérdida de la finalidad legítima del recurso, caso de no adoptarse las medidas cautelares solicitadas, pues la atribución de tales ayudas le concede una ventaja clara en el mercado a MIBGAS que puede expulsar del mercado a otros competidores, en concreto a IBGH" prosigue diciendo que "en el caso en que se permitiese a MIBGAS operar con tales ventajas permitiendo la inmediata ejecutividad de estas medidas se producirían efectos distorsionadores en el mercado que podrán determinar la expulsión de competidores de modo que ante una eventual sentencia estimatoria de su pretensión, no existiría posibilidad de reponer a la empresa recurrente en la posición de mercado que le habría correspondido de no haber mediado las medidas y por tanto no existiría posibilidad de reparación alguna".

No es apreciado este presupuesto por la sala, por entender que primero "no ha acreditado mínimamente la posibilidad de que esta consecuencia se produzca" y segundo "se debe tener en cuenta que, tal y como esta empresa afirma, tiene una reputación y una porción de mercado en la que lleva operando desde 2013".

El "periculum in mora" que caracteriza a toda justicia cautelar es una circunstancia que los profesionales intervinientes en un proceso civil no deben olvidar, pues la defensa de aquellos que confían en éstos, les exige valorar la posible necesidad de instar una u otra medida para no perjudicar tales intereses ajenos bajo su cargo, en este sentido y para finalizar con el análisis del "periculum in mora" es interesante la STS nº 209/2015 de 17 de septiembre de 2015 F.J 3º (JUR 2015/271850) que declara la responsabilidad civil de una abogada que no solicita la anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad para evitar que el promotor pudiera vender el piso en el transcurso del litigio y que no recurrió la sentencia en la que no se adoptaban medidas de ejecución para obtener una indemnización de daños y perjuicios. La Audiencia Provincial de Alicante, teniendo en cuenta que la obligación del abogado como mandatario es de medios y no de resultado, aplicaba para el cálculo de la indemnización el criterio de la pérdida de oportunidad.

---

instalaciones del sistema de gas natural y con la Orden IET/2736/2015 que establece los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones de gas y la retribución de las actividades reguladas para el 2016.

5.3. Caución.

La medida cautelar supone una intromisión en el patrimonio del deudor aun no condenado, susceptible de generarle daños si posteriormente la demanda es desestimada y absuelto éste último.

A ésta exigencia de prestar caución por parte del actor se dedica el apartado 3º del art. 728 que dispone 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 causar al patrimonio del demandado. El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la prestación y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida"* la obra de ASENCIO MELLADO[73]también alude a la competencia para determinar la cuantía.

Cuestión interesante es el debate entre el carácter subsanable o insubsanable de no concretar en la petición inicial de solicitud de medidas cautelares el tipo de caución y su importe exacto, algo que ha sido abordado por la AAP nº 26/2011 de Cuenca de 12 de abril de 2011 F.J 2º (JUR 2011/215599) en donde se estableció que "esta sala no desconoce las discrepancias existentes entre las diversas Audiencias Provinciales sobre el carácter subsanable o insubsanable de no concretar en la petición inicial de solicitud de medidas cautelares el tipo de caución y su importe exacto. Esta sala estima correcta, en términos generales, la tesis del carácter subsanable, por entender que es un requisito que no constituye presupuesto para la adopción de las medidas cautelares".

Según FERNÁNDEZ LÓPEZ[74], existen varios tipos de caución que pueden ofrecerse y vienen regulados en los arts. 64 y 529 LEC, se regula por un lado la caución que cabe prestar para la suspensión de un procedimiento principal por tramitación de una declinatoria, y por otro lado la que cabe prestar para la ejecución provisional[75]. Tal y como establecen estos preceptos la caución puede prestarse mediante dinero efectivo o mediante aval bancario o de sociedad de garantía recíproca o a través de otros medios que, a juicio del tribunal garanticen la disponibilidad de la cantidad de que se trate, lo

---

[73]ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho procesal…*op. cit., nº pág. 135 la caución se determina por el Tribunal a la vista del valor de la pretensión ejercitada y al fundamento en que se base la petición, es decir, al concreto peligro derivado del retraso o periculum in mora del que hemos hablado anteriormente.

[74] FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Los tipos de caución, la caución en las medidas cautelares, práctica de tribunales*, 2006, nº 50, nº pág. 43.

[75] De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a la ejecución provisional no es un derecho fundamental comprendido en el art. 24.1 de la Constitución, sino de configuración legal ordinaria, sometido por tanto a los requisitos exigidos por el legislador. Tal y como ha establecido el propio tribunal "la ejecución provisional se enmarca dentro de los ámbitos de la tutela judicial efectiva, como un derecho de prestación , cuyas condiciones de ejercicio corresponden al legislador"

que no se va a permitir es la presentación de caución que no permita la disponibilidad inmediata como puedan ser la hipotecaria o la pignoraticia[76].

ORTIZ PRADILLO[77], comienza analizando los requisitos necesarios para poder adoptar una medida cautelar, entiende que a diferencia del peligro de mora procesal y de la apariencia de buen derecho, la acreditación de la caución tiene un carácter objetivo, pues no requiere hacer ver al juzgador la existencia de una situación jurídica verosímil, sino que basta con ofrecer una determinada cuantía de dinero para asegurar los hipotéticos perjuicios que pudieran producirse para el demandado de la adopción de la medida cautelar. La prestación de la caución según DÍEZ PICAZO[78], se configura como una condición previa a la ejecución de la medida, salvo en los casos en que la ley prevé expresamente la exención de dicha prestación, de ahí que dicha prestación sea calificada como "condición suspensiva de la eficacia de la medida cautelar".

Las resoluciones sobre medidas cautelares no pueden ser objeto de recurso extraordinario por infracción procesal porque la expresión "autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia" no se refieren a una hipotética segunda instancia del procedimiento ni mucho menos. El TS ha zanjado esta cuestión en sentido negativo, declarando que "en materia de medidas cautelares únicamente cabe recurso de apelación. Por otra parte tampoco es posible el recurso de casación para impugnar el auto que resuelva el recurso de apelación y en esto sí que coinciden la doctrina y la jurisprudencia[79].

La discusión acerca de las consecuencias derivadas de la falta de ofrecimiento, la omisión del tipo de caución ofrecida o la insuficiencia en su importe, nos permite observar la cuestión desde tres puntos de vista jurisprudenciales diferentes.

---

[76] En relación con el aval, entendiendo que es una de las formas de prestar caución que permiten de manera más rápida la disponibilidad, hay que tener en cuenta que éste deberá cumplir tanto los requisitos del art. 529.3 LEC y otro tipo de requisitos formales, si el aval se ha ofrecido en documento privado, deberá de aparecer claramente identificado en el mismo la persona apoderada que lo suscribe o bien ésta, deberá ratificar el documento en el juzgado y acreditar los poderes de los que dispone.

[77] ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, "Acreditación, valoración, determinación y prestación de la caución", *Ley.* 2010, nº 7350, nº pág. 2-4, realiza un estudio jurisprudencial detallado a cerca de las diversas interpretaciones llevadas a cabo por las Audiencias Provinciales con respecto al requisito de ofrecimiento de caución en el escrito de petición de medidas cautelares y propone unas pautas interpretativas para una solución unitaria y coherente en la Ley.

[78] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales. Cera.* Madrid.2000, nº pág. 389.

[79] La jurisprudencia lo que ha querido dejar claro es la diferencia entre el ofrecimiento de caución como requisito para la adopción inicial de la medida cautelar, y la efectiva constitución de la caución como presupuesto para la ejecución de la medida. Sin embargo, en lo que no parece haber acuerdo, es en lo relativo al pronunciamiento acerca de las consecuencias que surgen por la falta del ofrecimiento o la omisión del tipo de caución.

La primera corriente jurisprudencial basa su rechazo a la subsanabilidad de dicha omisión en lo siguiente; en primer lugar en la interpretación literal del art. 732 LEC, en segundo lugar, en el hecho de que dicho deber de ofrecer caución es una carga procesal que debe cumplir la parte solicitante por lo que el hecho de que el solicitante cautelar no mencione en su escrito ofrecimiento de caución no es un acto defectuoso y en tercer lugar, considera que dicho ofrecimiento resulta fundamental para que la parte demandada no quede indefensa y pueda pronunciarse sobre tales extremos.

La segunda corriente jurisprudencial, considera que la falta de ofrecimiento de caución en el escrito de solicitud, no debe dar lugar sin más a la desestimación de la medida cautelar solicitada porque dicho requisito entiende que es subsanable. Entiende que lo decisivo no es que se ofrezca o no la caución sino que no podrá ejecutarse la medida sin la previa prestación de la caución acordada por el órgano judicial. Para este sector jurisprudencial, la fijación de la caución es una labor que corresponde al órgano judicial, que ha de ordenar la prestación de aquella que considere suficiente tanto si ha sido ofrecida como si no.

Por otro lado y afirmando que no hay disposición legal alguna que prescriba la insubsanabilidad de la omisión de ofrecimiento, se basa en el art. 231 LEC que regula el principio de subsanación que además está estrechamente vinculado con el principio de interpretación de las normas en el sentido más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales.

Por último, **la tercera corriente jurisprudencial**, defiende una posición intermedia que diferencia según el defecto se refiera a la falta de ofrecimiento de caución, a la falta de indicación del tipo de caución propuesta, o a la falta de concreción y justificación del importe propuesto en el escrito de solicitud cautelar. Según esta vía la prestación de la caución es un requisito insalvable para ejecutar la medida acordada, salvo disposición en contra, y el ofrecimiento de aquella es un requisito insalvable para la consideración de la medida solicitada, mientras que, la delimitación del tipo o de la cuantía de la caución ofrecida sí serán omisiones subsanables.

6. El procedimiento para la adopción judicial de medidas cautelares.

6.1. Extensión y límites de la jurisdicción.

A esto se refiere la existencia de elementos de extranjería lo que hace necesario delimitar el ejercicio de la potestad jurisdiccional española en materia cautelar, en defecto de otras posibles normas, deberíamos atender a los arts. 22.5 LOPJ y 722.II. LEC, no podemos obviar que la modificación del art. 22 sexies debe ser bienvenida,

aunque sea una norma puramente aclaratoria algo a lo que se dedica GARCÍA MARTÍN en su obra[80].

En caso de que las situaciones se hallen reguladas por normativa convencional o por reglamento de ámbito comunitario, lo que regulen éstos prevalecerá sobre las disposiciones contenidas tanto en la LOPJ así como en la LEC, a ello se refiere el Tratado celebrado por el Reino de España y la República de El Salvador.

También es importante destacar a efectos del estudio del órgano competente para la adopción de medidas cautelares los tratados multilaterales, concretamente me gustaría hacer alusión a los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 2000 , son convenios internacionales que permiten la ejecución en nuestro país, previo exequatur, de las medidas cautelares acordadas por los jueces de los países signatarios, referencia contenida también en nuestro Código Penal de 1995, que tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 estableció en el art. 22.8.III, que las resoluciones firmes dictadas por jueces y tribunales extranjeros tendrán eficacia en relación con el cómputo de los antecedentes penales de los sujetos, salvo que éstos hayan sido cancelados o debieran serlo conforme al derecho español. Cabe en relación con estos convenios, la ejecución de todo tipo de resoluciones judiciales incluidas aquellas por las que se adoptan medidas cautelares siempre que por razón de la materia su aplicación quepa en relación con ambos convenios.

A todo esto además debemos añadir el reglamento (CE) nº 1215/2012 del Consejo del año 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil , así como el "Reglamento de la UE 1215/2012: Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil".

El art. 36 establece que "l*as resoluciones dictadas en un Estado Miembro serán reconocidas en los demás Estados Miembros sin necesidad de procedimiento alguno",* por su parte el art. 39 establece que *"las resoluciones dictadas en un Estado Miembro que tengan fuerza ejecutiva en él gozarán también de ésta en los demás Estados Miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva*".

El art. 2 dice que "*a los efectos del capítulo III <<resolución>> engloba las medidas provisionales o las medidas cautelares acordadas por un órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del asunto*", es en este punto donde

[80] GARCÍA MARTÍN, Francisco "La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica Del Poder Judicial", *Diario de La Ley*, nº pág. 11. 2015. Simplemente recoge la interpretación dominante en la doctrina según la cual los tribunales españoles serán competentes para adoptar medidas cautelares o provisionales i) cuando éstas deban cumplirse en España; ii) cuando tengan competencia a título principal para conocer del asunto. La regla es relevante cando este competencia a título principal esté fundada en el Derecho interno, por ejemplo, en materia civil y mercantil frente a demandados con domicilio en un tercer estado.

se hace referencia a la imposibilidad de adoptar medidas cautelares inaudita parte tal y como ya hemos avanzado al comienzo de este epígrafe .

6.2. Órgano competente.

Tradicional y mayoritariamente la doctrina consideró que la atribución para conocer de este asunto era de los órganos jurisdiccionales a través del criterio funcional.

El anterior art. 55 de la LEC de 1881 disponía que "*los jueces y tribunales que tengan competencia para conocer de un asunto, la tendrán también para conocer de todas sus incidencias".* Esto no planteó problemas por afirmarse prácticamente de manera unánime que la adopción de las medidas cautelares solicitadas en la propia demanda o con posterioridad a ella debía conferirse a través del criterio de competencia funcional al juzgado o tribunal que tenía competencia objetiva y territorial para conocer del proceso en que se adoptasen.

En la nueva redacción de la LEC, se establece que el órgano competente para proceder a la posible adopción de la medida cautelar debe venir determinado a través de criterios anteriores al inicio del proceso, determinar qué órgano tiene la capacidad, se hará atendiendo a criterios de jurisdicción entre otros, dice el art. 723.1 "*será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal"*[81].

Parece volver a negarse aquella idea defendida por algunos autores de que el órgano competente para conocer de las medidas cautelares debiera ser diferente al órgano que se va a encargar de conocer del proceso principal, pues se le otorga al mismo órgano la competencia para conocer de ambas cuestiones, pero además hay que recalcar que este órgano encargado de conocer de las medidas cautelares lo será tanto si tiene que conocer del asunto en primer instancia como si tiene que conocer del mismo en la segunda o en materia de recursos extraordinarios. Para ASENCIO MELLADO[82] en aquellos casos en que la petición de adopción de medidas cautelares sea previa a la demanda tanto la falta de competencia como la falta de jurisdicción será apreciada de oficio debiendo el tribunal inhibirse de conocer del procedimiento.

La atribución competencial se delimita conforme a unas normas entre las que encontramos las siguientes:

---

[81] El art. 138. 2 de la Ley de Patentes establece que "*el juez de primera instancia mantendrá la competencia para tramitar y resolver lo pertinente sobre este incidente de aseguramiento, con independencia de admisión de la apelación y la elevación de los autos principales al Tribunal que corresponda conocer de los recursos de apelación".*

[82] ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho procesal civil…*op. cit., pág. 138

6.3. Competencia genérica.

En relación a esto cabe aludir al nuevo al art. 22 que le atribuye la competencia exclusiva y prioritaria los tribunales españoles.

Si atendemos a lo que establece BARONA VILAR[83], una vez que ha sido determinado el órgano jurisdiccional competente, se debe atender a su vez a otro tipo de reglas que aluden al momento en el que se van a adoptar las medidas cautelares:

- Si la medida se solicita antes de la iniciación del proceso principal, será competente el Juzgado de Primera instancia o en su caso el Juzgado de lo Mercantil[84].
- Para GARBERÍ LLOBREGAT[85] y tras analizar la clara diferencia entre la petición en uno y otro momento procesal, si la medida se solicita con la demanda o con posterioridad pero antes de que finalice el proceso, será competente el mismo órgano que está conociendo en la primera instancia[86].
- Si la medida se solicita durante la sustanciación de la segunda instancia o en los casos de presentación de recursos extraordinarios por infracción procesal o de casación, será competente el tribunal que conoce de la segunda instancia o de los recursos, todo esto está aún más desarrollado en la obra de MONSERRAT MOLINA[87].

---

[83] BARONA VILAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional II*…op.cit., nº pág. 675.

[84] Se requiere que el tribunal controle de oficio su jurisdicción así como su competencia objetiva y la territorial, en caso de que carezca de jurisdicción o de competencia objetiva deberá abstenerse de conocer del procedimiento, deberá hacerlo mediante auto, poniéndolo en conocimiento de las partes.

En los casos en que se declare incompetente territorialmente tiene la posibilidad de acordar lo anterior salvo determinadas excepciones, se deberán tener en cuenta tanto los fueros legales como el fuero legal dispositivo porque en este último caso, el tribunal no tendrá que declinar su competencia si existe una sumisión expresa a su jurisdicción para el asunto principal.

[85] GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Medidas cautelares y proceso cautelar*…op.cit., nº pág. 55, resalta la diferencia existente entre la petición de adopción de medidas cautelares antes de la demanda, tras la presentación de la misma y cuando esté pendiente un recurso. Defiende que, en los casos de petición tras la presentación de la demanda, cuantos más hayan sido los trámites procesales y cuando existan más materiales instructorios y probatorios y éstos formen parte ya del objeto litigioso más riguroso deberá ser el análisis que el juez realice y estará más unido con el pronunciamiento final que deba dar.

Cuando la medida es solicitada en aquellos casos en los que está pendiente un recurso, el análisis judicial acerca de la apariencia de buen derecho prácticamente será invisible porque se confundirá con el contenido de la resolución judicial frente a la que se ha interpuesto tal recurso.

[86] Art. 723.1 "*será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiere iniciado el que sea competente para conocer de la demanda principal*", este artículo se refiere a la delimitación de la competencia funcional.

[87] MONSERRAT MOLINA, Pedro Eugenio, *La adopción de medidas cautelares en segunda instancia, ejecución civil, práctica de tribunales*, 2007, nº 41, nº pág. 58 y ss.

La aplicación de los arts. 723.2 y 730.4 LEC, ha supuesto una interpretación de las diferentes audiencias, que han determinado con unanimidad primero, que tal solicitud deba basarse en hechos nuevos surgidos con posterioridad a la presentación de la demanda y segundo, que si se trata de hechos anteriores se debe acreditar que el solicitante los desconocía, también se incluyen en este supuesto, las situaciones en las que se había obtenido un pronunciamiento favorable en primera instancia[88].

Finalmente en relación a los recursos y a las medidas cautelares, voy a referirme a los llamados autos interlocutorios, también considerados no definitivos, según VALLS GOMBAU[89], no son en principio susceptibles del recurso de apelación independiente ello sin perjuicio de que las cuestiones decididas por ellos puedan ser reproducidas por el litigante agravado. No obstante, no deja de ser una opción legislativa de tal manera que encontramos dos opciones, la primera que establece que, cualquier cuestión que obstaculice la válida prosecución del proceso puede ser resuelta definitivamente y la segunda que alude a la posibilidad de acordar que la resolución provisoria adoptada tenga virtualidad suficiente para proseguir con el procedimiento.

PÉREZ LÓPEZ[90] define los autos definitivos como aquellas resoluciones que, con las solemnidades de auto ponen fin al proceso en primera instancia antes de que concluya su tramitación ordinaria, dejando imprejuzgada la cuestión de fondo del litigio. Por otro lado, y esto es lo que nos interesa, dentro de los autos **no** definitivos encontramos entre otros, los que acuerdan la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal o civil, o el que en sede de diligencias preliminares resuelva sobre la aplicación de caución. La LEC del año 2000 distribuye la competencia entre el órgano jurisdiccional que dictó la resolución que es objeto de recurso y el que debe resolverlo, por lo tanto y debido a la naturaleza devolutiva de recurso las dos fases del mismo se encomiendan a un órgano distinto y jerárquicamente posterior.

Todo esto es importante porque con la LEC de 1881 se regulaba de manera amplísima las normas relativas a los recursos lo que favorecía que en vez de parecer un régimen excepcional pareciera una regla general porque además ordenaba la anteposición al resto de los asuntos pendientes pero ello cambió con la LEC del año 2000.

---

[88] No obstante, en determinadas ocasiones, la jurisprudencia ha denegado la adopción de medidas cautelares por entender que se pretendía alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces.

[89] VALLS GOMBAU, José Francisco, *Las medidas cautelares y los recursos…op.cit.,* nº pág. 215.

[90] PÉREZ LÓPEZ, Eduardo, *Recurso de apelación y recurso de queja*, en: VALLS GOMBAU, José Francisco, *Las medidas cautelares y los recursos. Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid. 2000, nº pág. 410.

Por su parte, el art. 455 de la LEC restringe el ámbito de la excepción a límites más reducidos disponiendo la preferencia de tramitación exclusivamente respecto de los recursos de apelación interpuestos frente a autos de inadmisión de demandas por falta de algún requisito.

6.4. Medidas anti-proceso.

¿Qué ocurre con las medidas anti-proceso?, según ORTIZ PRADILLO[91], la doctrina se ha mostrado dividida a la hora de admitir la posibilidad de que en relación con el Convenio de Bruselas un órgano judicial pueda dictar una orden conminatoria a una de las partes para que se abstenga de iniciar o continuar un proceso ante los tribunales de otro Estado miembro. Aquellos que defienden esta posibilidad argumentan que las mismas no contradicen el principio de confianza mutua o la regla de litispendencia del Reglamento. Por el contrario, quienes rechazan el empleo de tales medidas, consideran que la orden a una parte de no proseguir un juicio pendiente en el extranjero supone una injerencia en la jurisdicción del foro extranjero contraria a las reglas de cortesía internacional.

Por su parte, la STS nº 159/02 de 27 de abril de 2004, F.J 19 (TJCE 2004/98), ha declarado que "dicho Reglamento, se opone a que se dicte una orden conminatoria mediante la cual una orden jurisdiccional de un Estado contratante prohíba a una parte en el procedimiento en curso ante él iniciar o proseguir un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante, aun cuando dicha parte actúe de mala fe con intención de obstaculizar el procedimiento en curso", ello porque la orden prohibitoria de iniciar o proseguir un proceso ante un órgano jurisdiccional extranjero atenta contra la competencia de éste para resolver el litigio, y porque las medidas citadas limitan la aplicación de las normas de competencia previstas en el Reglamento y son susceptibles de generar situaciones de conflicto entre los tribunales de los distintos Estados Miembro.

Finalmente, en los casos en que no sea posible la aplicación de normativa comunitaria y antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015 entraría en juego la aplicación del art. 22.5 LOPJ, la nueva redacción de este artículo especifica que de manera exclusiva los tribunales españoles serán competentes y con preferencia sobre cualquier otro para conocer sobre una serie de materias que aparecen tasadas en la ley entre las que encontramos:

- Las relativas a los derechos reales y arrendamientos de bienes inmuebles que se hallen en España, salvo determinadas excepciones.

---

[91] ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles. Iustel.* Madrid. 2006, nº pág. 57. Es interesante mencionar a este autor en relación con las posturas doctrinales sobre las denominadas medidas anti-proceso de las que todavía no habíamos tenido ocasión de hablar.

- Constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas cuyo domicilio radique en territorio español.
- Validez o nulidad de inscripciones practicadas en un registro español.
- Inscripción o validez de patentes, marcas, diseños, etc… cuando se hubiera solicitado o efectuado en España el depósito o registro.
- Reconocimiento y ejecución en territorio español de sentencias y demás resoluciones judiciales, decisiones arbitrales y acuerdos de mediación dictados en el extranjero.

Por lo tanto, encontramos una importante modificación que permite que los jueces y tribunales del territorio español cuando se cumplan una serie de requisitos conozcan de unas determinadas materias por encima de cualquier otro, lo que le confiere una competencia directa e inescrutable.

6.5. La solicitud y tramitación de adopción de la medida cautelar.

Las medidas cautelares para ASENCIO MELLADO[92] han de solicitarse mediante escrito en el que se contengan los requisitos establecidos en el art. 732 LEC, por lo tanto se requiere, la identificación del tribunal y las partes[93] así como las medidas expresamente solicitadas. Solo es posible adoptar la tutela cautelar a instancia de parte, además dado que no se requiere de una capacidad especial para acceder al proceso declarativo, tampoco se requiere de una capacidad específica para la petición de las mismas, por otro lado, según BARONA VILAR[94] la necesidad de integrar la postulación dependerá del momento en el que se soliciten las medidas cautelares.

También se requiere, justificar la concurrencia de los presupuestos exigidos, documentos que acrediten esa justificación o indicar las pruebas de las que se van a valer las partes y finalmente el ofrecimiento de caución, la forma en la que se presenta y su cuantía[95]. Los dos primeros requisitos suponen la necesidad de que en la solicitud se

---

[92] ASENCIO MELLLADO, José María, *Derecho procesal civil*…op.cit., nº pág. 139.

[93] La legitimación activa la tiene el demandante o el futuro demandante y el reconviniente quien contestando a la demanda introducirá nuevos peticiones tornándose así el demandante en demandado y a la inversa, la legitimación pasiva corresponde al demandado o futuro demandado.

[94] BARONA VILAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional II*…op.cit., nº pág. 677, cuando la medida se solicita antes de la demanda, no se requiere representación de procurador ni defensa por medio de abogado, ello no es óbice para acudir con tal representación, lo cual se manifestará a la hora de la imposición de las costas procesales, cuando la medida se solicita con la demanda o con posterioridad, tampoco hay unas reglas específicas únicamente se estará a lo dispuesto para el procedimiento principal y esto se materializa tanto en la fase principal como en la fase de recurso y ejecución.

[95] En la LEC se regula un supuesto específico (art. 732.2.II) que establece que, cuando las medidas se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud.

establezca la petición de tal manera que quede delimitado el ámbito dentro del que debe moverse el órgano judicial a efectos de la congruencia que veremos más adelante.

Presentada la solicitud de tutela cautelar dice BARONA VILAR[96] que se debe cumplir con el principio de contradicción y ello puede hacerse mediante dos tipos de contradicción, la previa o la diferida, ambas fórmulas han sido acogidas por el legislador, el principio contradictorio previo, se regula en el art. 733.1 LEC.

Se establece que con carácter general se requerirá previa audiencia del demandado, esto se realiza a través del desarrollo de la vista, de lo que hablaré más adelante, por otro lado el principio contradictorio o la contradicción diferida obliga a que se cumplan una serie de requisitos que van a aparecer recogidos en el art. 733.2 LEC, en primer lugar se requiere que el demandado solicite la adopción de las medidas cautelares sin contradicción previa y en segundo lugar, deben acreditarse razones de urgencia o alegar que si se llevasen a cabo con audiencia previa pudiera verse comprometido el buen fin de la medida cautelar.

TORRES ROSELL[97] alega que, la adopción sin audiencia del demandado, no es posible ni en los procedimientos matrimoniales ni para la suspensión de acuerdo de la sociedad anónima; cuando no haya esta audiencia previa, se deberán motivar tanto los requisitos o presupuestos para la adopción de la medida cautelar como las razones de porqué se aconseja que el demandado no sea oído. Otros autores como ASENCIO MELLADO[98] recalcan la necesidad de que en este segundo supuesto, una vez presentada la solicitud se dicten el plazo de 5 días auto por el que se acuerde si procede la medida y en la forma dicha.

Además tal resolución también deberá estar motivada de manera que el hecho de infringir el principio contradictorio no puede ser automático.

Frente a esta resolución que se ejecuta de manera inmediata, el demandado puede formular impugnación en veinte días pero solo frente a la procedencia o no de la medida cautelar pues en ningún caso puede impugnar las razones por las que no se le ha escuchado.

---

[96] BARONA VILAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional II*…op.cit., nº pág.678, en ambos supuestos, tanto en el de contradicción previa como en el de contradicción diferida, debe estar fundamentada la urgencia en la adopción de la medida cautelar porque en caso de no adoptarse de forma sorpresiva estas medidas la finalidad de la tutela cautelar podría quedar en entredicho pero también podría ocurrir si no se hubiera paliado el efecto malicioso del demandado en caso de que éste hubiese conocido de la demanda.

[97] TORRES ROSELL, Nuria, *Las medidas cautelares*…op.cit., nº pág. 109.

[98] ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho procesal civil*…op.cit., nº pág.140.

6.6. Traslado al demandado.

Una vez que se ha dictado el auto cautelar, el mismo puede ser atacado por dos vías diferentes, bien mediante la interposición de medios de impugnación en el supuesto de que la resolución se hubiera dictado con contradicción previa, bien mediante la presentación de la demanda de oposición cuando se hubiese dictado sin contradicción previa.

En el primer supuesto, cabe la presentación de un recurso de apelación pero además si el auto de la medida es denegatorio, la tramitación de este recurso de apelación gozará de un carácter preferente[99], debe tenerse en cuenta que lo que desde luego no tiene cabida, es la interposición de un recurso atacando el contenido o la prueba propuesta en el proceso.

En el segundo supuesto, el auto que se dicte es irrecurrible lo que aquí se va a abordar es un verdadero procedimiento en el que se formule oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia del demandado, desde que se produce la notificación del auto, el plazo es de 20 días para formular tal oposición mediante demanda, una vez que se ha presentado la demanda de oposición se dará traslado al solicitante de las medidas y en el plazo de 5 días se convocará a las partes para la formulación de una vista.

Es interesante hacer alusión a las medidas *inaudita parte* que se regulan en el apartado 2º del art. 733 LEC. En este artículo se hace referencia a la posibilidad de que, cuando lo pida el solicitante y acredite razones de urgencia o que, de realizarse la audiencia previa podría comprometerse el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordar la adopción de la medida cautelar sin audiencia previa, es decir, *inaudita parte,* lo hará mediante auto en un plazo no superior a 5 días. Además deberá realizar dos motivaciones la que alegue que concurren los requisitos procesales para la adopción de tal medida y la que aluda a la urgencia requerida por el solicitante. Tampoco podemos obviar la posibilidad del demandado de oponerse a las mismas a través del incidente de oposición del art. 739 y ss. LEC.

---

[99] Discutida es la viabilidad sobre la posible interposición de un recurso de casación, esta duda se basa en la idea de que todas las normas cautelares son de índole procesal y por lo tanto no se aplican normas materiales pues solo se deben debatir si concurren los presupuestos para la adopción de la tutela cautelar y no determinar si la parte tiene o no un derecho subjetivo material.

Debido a que recurso de casación tiene como finalidad una unificación material, no parece adecuada la aplicación de este recurso en la materia que nos ocupa, lo que si cabria sería la interposición de un recurso extraordinario alegando infracción procesal fundamentando vulneraciones del art. 24 CE, a ello se refiere la STS nº 503/1993 de 18 de mayo de 1993 F.J 1º (RJ1993/3568) en la que se establece que "el recurso de casación no es admisible respecto a lo resuelto en cuanto a la procedencia o no de una medida cautelar, como es la anotación preventiva de demanda" que es la medida solicitada en este pleito.

6.7. Vista.

En relación con la vista en este tipo de procesos poco es lo que de ella se puede decir, aunque BARONA VILAR[100] hace mención a ello, lo hace de manera escasa y poco concisa, no obstante, viene regulado en el art. 734 LEC en donde se dice que, el Secretario Judicial mediante diligencia (salvo en los casos en los que el solicitante pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar), convocará a las partes en los plazos que ya han sido observados anteriormente a una vista la cual tendrá lugar en los 10 días siguientes. En el desarrollo de la misma, el actor y demandado podrán exponer lo que tengan por conveniente en relación a su derecho, es decir, esgrimen sus pretensiones pudiendo evidentemente aportar pruebas que de ser pertinentes en relación a los presupuestos de las medidas cautelares se aceptarán y practicarán. Si alguno de ellos no compareciera y aunque la LEC no hace una mención expresa a esto cabe presumir que la inasistencia del demandante determinara el automático rechazo de su solicitud cautelar

Cabe la posibilidad de que pidan, cuando ello sea necesario para acreditar extremos relevantes, que se practique reconocimiento judicial[101], que de ser pertinente y no poder practicarse en el acto de la vista, se llevará a cabo en un plazo no superior a 5 días, también cabe plantear alegaciones en relación con el tipo y cuantía de la caución que como ya sabemos es un mecanismo que permite determinar la cantidad que el solicitante de la medida cautelar deberá aportar para hacer frente a los posibles perjuicios que se produzcan a la parte demandada.

Aquel frente a quien se ha peticionado la medida cautelar podrá pedir la sustitución de esta tal y como establece el art. 746 LEC[102] que dispone que, aquel frente a quien se hubieran solicitado o acordado medidas cautelares podrá pedir al tribunal que acepte, en sustitución de las medidas, la prestación por su parte de una caución

---

[100] BARONA VILAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional II*…op.cit., nº pág. 687, el problema en relación con la escasa regulación acerca de la vista, es que nada se dice sobre lo que pueden alegar los sujetos, esto podría dar lugar a que las partes puedan presentar alegaciones novedosas que puedan implicar una posible modificación o revisión de la medida cautelar y ello podría dar lugar también a que el sujeto activo de la tutela cautelar pudiera responder con una fundamentación nueva, porque si no podríamos pensar que se está creando una situación de indefensión.

[101] Es precisamente es última consideración, junto a la ausencia de toda indicación en las normas aplicables a cerca de la posibilidad de que los medios de prueba de los que las partes se intenten valer, puedan ser anunciados con anterioridad a los efectos de que el tribunal realice las citaciones y requerimientos previos oportunos.

[102] Se acepta cualquier forma de otorgamiento ya sea un aval, dinero u otra forma que garantice la disponibilidad de la cantidad. No se produce ningún problema cuando se trata de metálico o aval pagadero a primer requerimiento, o incluso determinadas garantías pignoraticias sobre depósitos bancarios o valores bursátiles representados por títulos o anotaciones en cuenta siempre que cumplan con el requisito de inmediata disponibilidad. Se excluye la garantía personal y se intentará evitar la hipoteca inmobiliaria u otras modalidades que entrañen cierta dificultad para su rápida ejecución.

suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare.

Por otro lado, para decidir sobre la petición de la aceptación de caución sustitutoria que es definida por ORTIZ PRADILLO[103], el tribunal deberá examinar el fundamento de la solicitud de las medidas cautelares, así como el contenido y naturaleza de la pretensión de condena[104]. Para solicitar la prestación de caución sustitutoria podremos atender a lo que establece el art. 734 o, si la medida cautelar ya se ha adoptado, se podrá solicitar en el trámite de oposición o mediante escrito motivado pudiendo acompañar documentos que fundamenten la solvencia del sujeto.

Una vez celebrada la vista, el tribunal decide en el plazo de 5 días en forma de auto, hay que recordar que estamos en el segundo de los supuestos mencionados, es decir, en la tramitación de ese procedimiento de oposición que surge cando las medidas cautelares se han adoptado sin audiencia del demandado, en este caso, si el auto desestima esa oposición, se aplicarán las costas al opositor, en caso de que el auto estime la pretensión de oposición, alzará las medidas, las modificará o se producirá la caución sustitutoria.

El matiz es muy importante porque si alza las mismas se está evidenciando la falta de necesidad de éstas, mientras que, en los otros dos casos, se está considerando la conveniencia de las mismas aunque entendiéndolas inadecuadas o impertinentes y en este caso, por entender estimada una parte de la oposición y desestimada otra, las costas[105] se impondrán a la mitad a ambas partes.

En relación con la indefensión tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal supremo, han entendido que "se produce cuando se priva al ciudadano de la posibilidad

---

[103] ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en los procesos*…op.cit., nº pág. 300 y ss. Este autor entiende que la finalidad de la caución sustitutoria persigue un objetivo diferente a la función de la contracautela que ha de prestar el solicitante cautelar, pues trata de asegurar la propia efectividad de la tutela pretendida en el proceso principal y garantizada ya provisionalmente a través de las medidas acordadas y es por ello que los criterios que hay que tener en cuenta para determinar la cuantía de la caución sustitutoria difieren de aquellos a tener en cuenta para la determinación de la contracautela.

[104] El AAP nº 228/2008 de 26 de noviembre de 2008 F.J 2º (JUR 2009/72962), se interpone recurso por entender que la valoración del órgano y la determinación de la cuantía no cubre los perjuicios patrimoniales, este alegato no es atendido por la razón de que dicha caución ha de resultar suficiente para responder de los daños y perjuicios que la medida cautelar pueda causar, pero no puede olvidarse que su cuantía "será inversamente proporcional a la solidez de la apariencia de buen derecho del solicitante de la medida". Además dicen que ya ha recaído sentencia de primera instancia estimatoria por completo de las pretensiones de la parte actora, ya que los demandantes no hacen más que exigir el cumplimiento exacto de un aparentemente válido y eficaz contrato privado de compra de una vivienda en construcción. Por lo tanto, no solo se exige que el juez determine esa cuantía sino que hay que evaluar otra serie de circunstancias concurrentes en el caso concreto.

[105]Es importante que el lector conozca que las normas sobre imposición de costas son normas de *ius cogens* y por lo tanto, sin previsión legal que disponga la imposición de costas en un concreto supuesto no cabe tal imposición.

de impetrar la protección judicial de sus derechos o intereses mediante la apertura del adecuado proceso o de la de realizar dentro de dicho proceso las adecuadas alegaciones y pruebas o cuando se le crea un obstáculo que dificulte gravemente las actividades antedichas"[106].

Por otro lado el pronunciamiento que se refiera a los posibles daños y perjuicios cuando se decrete el alzamiento de las medidas cautelares solicitadas, dará lugar a que se condene al actor al amparo del art. 741 LEC, y esto a su vez también va a tener consecuencias, porque si el opositor solicita la condena a indemnizar por daños y perjuicios el tribunal deberá pronunciarse sobre la cuestión pues si no estaríamos ante un supuestos de incongruencia, por otro lado, si la parte no solicitó tal condena, el tribunal deberá pronunciarse también sobre la responsabilidad.

Es preciso hacer mención a la variabilidad que puede sufrir la medida cautelar en este sentido:

Una vez que se ha dictado la resolución cautelar es posible modificar la medida adoptada a través de unos trámites que vienen regulados en los arts. 743 a 745 LEC[107].

La solicitud por la que se peticiona la modificación de las medidas cautelares deberá cumplir con los requisitos que se contienen en el art. 743 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, se requiere alegar y probar hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta cuando se produjo la concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas. Una vez que se asume la posible variabilidad de las medidas cautelares, la permanencia o modificación de las mismas atenderá a la concurrencia de sus presupuestos, no obstante, no podemos obviar que esta posible modificación de las medidas cautelares está sometida a una serie de límites y requisitos, el primero de ellos es el que establece que la modificación de la medida se fundamenta en el art. 726.2 LEC que regula la posible variabilidad de los hechos y circunstancias que motivaron su adopción, es decir, cabe su modificación cuando los hechos sobre los que se dictaron las mismas hayan cambiado.

En segundo lugar, se requiere petición de parte de tal modificación.

En tercer lugar, la modificación de la medida cautelar no supone que la resolución no tenga efecto de cosa juzgada, es interesante el AAP nº 82/2007 de Madrid de 31 de

---

[106] STS nº 70/1984 de 11 de junio de 1984 F.J 1º (RTC 1984/70).

[107] STS nº 584/2015 de 29 de octubre de 2015 F.J 2º (RJ 2015/4581) en la que se requiere la prueba de los verdaderos daños o perjuicios sufridos. Establece en relación con el art. 754 LEC y con la petición de indemnización por los daños o perjuicios causados "que la configuración legal venga a establecer una responsabilidad de carácter objetivo, pero condicionada en su exigencia a la demostración de los concretos daños o perjuicios sufridos".

enero de 2007 F.J 1º (AC 2007/208) en donde se plantea recurso entre otros motivos por infracción del principio de cosa juzgada formal por considerar que la medida cautelar interesada ya había sido solicitada por el actor principal y había sido rechazada.

Por su parte el art. 744 LEC se dedica a regular el alzamiento de las medidas cautelares, que será ordenada por el Secretario Judicial cuando el demandado sea absuelto en primera o segunda instancia y cuando el recurrente no solicite su mantenimiento o la adopción de otro tipo de medida cautelar, el tribunal resolverá lo que proceda sobre la solicitud atendiendo a la subsistencia de los presupuestos y circunstancias que justificasen el mantenimiento o adopción de dichas medidas, por otro lado, el art. 745 LEC regula el alzamiento de las medidas cautelares tras haberse dictado una sentencia absolutoria en función de los resultados alcanzados al finalizar el proceso.

Una vez que haya sido presentada la solicitud de modificación en el plazo de 5 días desde el traslado de la misma, se convoca a las partes a una vista que tendrá lugar en el plazo de 10 días, se alegará lo que las partes crean oportuno y se practicará la prueba, el tribunal una vez que se han realizado estos trámites cuenta con un plazo de 5 días para resolver sobre la variabilidad o no de la modificación, en caso de que se deniegue la misma solo cabría interponer recurso de apelación.

6.8. Resolución cautelar y posible impugnación.

Como ya hemos dicho, una vez que se presenta la solicitud, el órgano judicial cuenta con un plazo de 5 días para dictar auto sobre la aplicación o no de tal medida cautelar, no obstante, debemos tener en cuenta que ese periodo va a variar en tanto nos hallemos ante el régimen general (que es el de contradicción) o ante el excepcional (contradicción diferida).

En el primer supuesto, al finalizar la vista previa, el plazo es de 5 días a contar desde el día siguiente a la finalización de la misma.

En el segundo supuesto, el plazo es de 5 días a contar desde el momento en que se presentó la solicitud de tutela cautelar.

La resolución cautelar que como ya hemos dicho debe estar motivada puede ser estimatoria o desestimatoria, en el primer supuesto, el tribunal deberá fijar de manera precisa la medida o medidas cautelares que se acuerdan y determinando el régimen al que van a estar sometidas, no hay que olvidar el principio de congruencia, lo que imposibilita al órgano judicial a adoptar una medida cuyo carácter sea más gravoso que

la solicitada, así mismo deberá determinar la forma, la cuantía y el tiempo en el que deba prestarse la caución por el solicitante[108].

En el segundo caso, es decir, cuando el auto es desestimatorio, también ha de motivarse tal denegación.

Tal y como mencioné anteriormente, una de las características de las medidas cautelares es su variabilidad lo cual ha dado lugar a que un cierto sector doctrinal niegue la eficacia de la cosa juzgada de las resoluciones cautelares, no obstante, esta idea no ha sido acogida y se entiende que concurre la cosa juzgada en las resoluciones cautelares cuando concurren los requisitos para su adopción porque en caso contrario no se estaría garantizando la eficacia de los resultados que puedan llegar a alcanzarse en el proceso principal.

Esto no es lo mismo que decir que la cosa juzgada debe concurrir aun cuando cambien los elementos fácticos que motivaron la resolución cautelar, no, pues en este caso, nada impediría que la parte vuelva a solicitar la medida denegada, el alzamiento de la misma si se concedió e incluso su modificación.

7. Ejecución de las medidas cautelares.

Una vez acordada la medida se procede a la ejecución de la misma, cuya competencia le corresponde al órgano que dictó la resolución, por lo tanto, como podemos ver, la ejecución es llevada a cabo de oficio por el órgano jurisdiccional, el problema que se manifiesta es el de determinar los medios que se van a emplear para el inmediato cumplimiento de la medida porque sin ese carácter inmediato la adopción de éstas medidas carecería de sentido.

En materia de ejecución de una anotación preventiva de demanda, que es una medida cautelar aplicable a las pretensiones declarativas o ejecutivas que sirve para otorgar publicidad, el cumplimiento de la resolución cautelar se realiza atendiendo a las normas del registro correspondiente, también el art. 630 de la LEC, regula la manera de llevar a cabo la ejecución de una resolución cautelar consistente en la adopción de una administración judicial para satisfacer una pretensión de pago, en relación a esto, hay que darse cuenta de las circunstancias excepcionales que deben concurrir para

[108] El principio de congruencia si bien es cierto que no permite al órgano judicial imponer una medida cautelar más gravosa, si le permite adoptar una con un carácter menos lesivo e incluso adoptar menos medidas que las solicitadas es lo que se conoce como -*infra petita*-, en este caso, se requiere también una motivación pero sobre todo se requiere que la medida cautelar concedida sea una de las que estén reguladas por la ley y se haya verificado la concurrencia de los requisitos o presupuestos necesarios para su adopción.

garantizar el buen fin de la medida cautelar, que en todo caso es la protección del sujeto pasivo.

Todo esto podría relacionarse con lo establecido en el art. 632.1 LEC que se refiere a la administración judicial en la que se requiere que, en caso de que el administrador judicial sea sustituido por otro, el nuevo administrador debe obtener autorización judicial para enajenar o gravar participaciones en, la empresa, bienes inmuebles, etc… En este caso, la medida tendría por objeto ya no solo el interés del sujeto pasivo sino también del ejecutante[109].

8. Tipos de medidas cautelares.

El Estado tiene una fuerza coercitiva aplicable a todo individuo cuya conducta es contraria al ordenamiento jurídico. No obstante, no podemos olvidar que ese poder en muchos casos no llega a resolver o a instaurar una situación de carácter previo; véanse aquellos casos en los que la norma prohibitiva impide hacer algo, "no matar", pero el individuo quebranta esa prohibición, por mucho que el Estado ponga medios que intenten restaurar tal situación a la fuerza, es imposible que la misma vuelva a su estado original.

Es por ello que en la obra de CALAMANDREI[110], recalca que la fuerza que puede aplicar el Estado va más allá de la mera coercibilidad, pudiendo evitar a través de otros medios que se produzcan ese tipo de situaciones, tales como ejercer una presión psicológica en la voluntad del sujeto para inducirlo a que se ajuste voluntariamente al precepto, satisfacer el interés tutelado por el precepto violado prescindiendo de la voluntad del sujeto o imponer medidas con carácter de retribución jurídica.

Este autor hacer referencia a diversos modos de garantías jurisdiccionales, la que nos interesa es la garantía jurisdiccional con finalidad cautelar. Esta garantía no es de carácter aislado, como ocurre con las demás sino que, podría aplicarse en cualquiera de las otras tres que son, la garantía jurisdiccional contra la transgresión del precepto, que surge cuando el sujeto no cumple un precepto individualizado sino que se comporta de modo diferente al prescrito, la garantía jurisdiccional contra la falta de certeza del derecho y la garantía jurisdiccional con finalidad constitutiva.

---

[109] Algunos autores defienden que tratándose de medidas de no hacer de carácter provisional se podría acudir en caso de no existir un medio igual de efectivo a las medidas previstas en el art. 710 LEC que regulan la imposición de multas coercitivas en los casos en que, se deba deshacer lo indebidamente echo y la posibilidad de incurrir en un delito de desobediencia cuando no se cumpla con éste deber de abstención.

[110] CALAMANDREI, Piero, *Nociones sistemáticas fundamentales*…op.cit., nº pág. 141, realiza un estudio sobre las posibles garantías jurisdiccionales, finalizando con las medidas cautelares que es el objeto que nos ocupa.

Lo que diferencia a la garantía cautelar de las demás, es que la misma anuncia y prepara la puesta en práctica de otras garantías sobre todo de las que intentan evitar la transgresión del precepto. Es por ello que, para garantizar que la reintegración del derecho obtenido por vía jurisdiccional sea prácticamente igual de eficaz que la ejecución voluntaria, es necesario que la declaración de certeza y los medios de coacción actúen de manera inmediata. El problema surge en que el carácter inmediato que se pretende en la práctica no tiene cabida, porque la declaración de certeza debe resultar de un procedimiento que tiene lugar en un tiempo no breve, por ello la garantía cautelar aparece como puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho: la misma está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia a cumplir eficazmente su obra.

Tradicionalmente se vienen distinguiendo varias clases de medidas cautelares en función del tipo de sentencia condenatoria cuyo efecto se quiera asegurar[111]. Es necesario aclarar que, aun cuando el art. 521.1 LEC excluye del despacho de la ejecución los pronunciamiento declarativos o constitutivos no quiere decirse que los mismos no sean ejecutables, sino que se ejecutan por sí mismos, es por ello que existe la ejecución impropia, en aquellos casos en los que no se le da oportunidad al ejecutado para que cumpla voluntariamente y existe la ejecución propia cuando se le obliga coactivamente[112].

El hecho de que la LEC señale que no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas es simplemente porque nos encontramos ante sentencias que no condenan, solo la resolución firme de condena o laudo o resolución arbitral pueden fundar la ejecución. Según LORCA NAVARRETE[113], la sentencia constitutiva no justifica el despacho de ejecución, pero su certificación y el mandamiento judicial oportuno podrá permitir modificaciones e inscripciones en el registro público, aun así

---

[111] Algunos autores niegan que se pueda adoptar una medida cautelar en aquellos procedimientos en los que lo que se pretenda sea una sentencia declarativa o constitutiva de un derecho, porque entienden que no existe una situación jurídica cautelable, para ello se apoyan en el precepto del art. 521.1 LEC "*no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas".*

Por otro lado, el art. 720 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil establecía que "*solo cabrían las medidas cautelares para asegurar la efectividad de la sentencia condenatoria que se dictare",* no obstante, debido a las innumerables críticas que recibió este precepto se terminaría cambiando el concepto de sentencia condenatoria por el de sentencia estimatoria.

[112] En relación con las medidas cautelares, nos parece adecuado traer a colación las posibles medidas cautelares que pueden ser adoptadas en un proceso penal. Estas medidas cautelares vienen reguladas en la LECrim y entre ellas encontramos: las medidas cautelares para el aseguramiento de una prestación de restitución de cosa determinada, las medidas cautelares para el aseguramiento de una prestación de reparación o de indemnización de daños y perjuicios y medidas cautelares para el aseguramiento de una prestación de restitución de bienes inmuebles.

[113] LORCA NAVARRETE, Antonio María, *De las sentencias y demás títulos ejecutivos*…op.cit., nº pág. 2493.

cuando contenga pronunciamientos de condena respecto de éstos sí que procederá el despacho de ejecución.

Según MORENO HELLÍN[114] el hecho de que el art. 548 LEC diga que "*el tribunal no despachará ejecución"* dentro del plazo de 20 días no quiere decir que no se despache, sino que se despachará llegado ese día o si se quiere decir de otra manera, pasado ese plazo, esto ha sido amparado por la generalidad de la doctrina, así puede verse el AAP nº 303/2002 de León de 24 de julio de 2002 F.J 3º (AC 2002/1627) donde se dice que "el art. 548 LEC contiene un plazo de espera de veinte días, para facilitar el cumplimiento voluntario por parte del condenado, que, en los casos de ejecución de títulos judiciales no necesita ser requerido de pago. El plazo de espera se fija para el despacho de ejecución y no para la interposición de la demanda ejecutiva que podrá plantearse inmediatamente, tal y como sucede en este caso".

En la obra de, BELLIDO PENADES[115] entiende que es necesario que el legislador se pronuncie en sus disposiciones derogatorias y finales sobre los **diversos regímenes cautelares específicos** que existen en materia de propiedad industrial e intelectual, competencia desleal[116] y publicidad ilícita pues la existencia de un régimen general que linda con los regímenes especiales, en ocasiones presenta graves dificultades hermenéuticas. En opinión de éste autor lo adecuado sería reconducir estos regímenes específicos al régimen general y precisar las especialidades de cada tutela cautelar para así atender a su finalidad.

Finalmente, parece interesante y aunque ello no sea objeto de mi estudio, hacer mención al trabajo de CALVO VÉRGEZ[117], que tiene por objeto reflexionar, acerca del alcance de la vigente regulación jurídica relativa a la adopción de medidas cautelares en el proceso penal a la luz de la reforma introducida por la LGT 34/2015 que parece interesante porque no deja de ser una modificación más del régimen de las medidas cautelares, que prevé la adopción de medidas cautelares de duración más prolongada, en

---

[114] MORENO HELLÍN, José, *Modificación y alzamiento de las medidas cautelares. Caución sustitutoria. Daños y perjuicio,* en: *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil. Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid. 2004, nº pág.71.

[115] BELLIDO PENADES, Rafael, *La tutela cautelar de la propiedad industrial, competencia desleal y materias afines. Propuesta para su reforma. La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía.* 1998, nº 4456, nº pág. 6.En relación a la competencia desleal, cabe traer a colación la STS nº 288/2002 de 9 de noviembre de 2002 F.J. 2º y 3º (AC 2003/521).

[116] AAP nº 263/2015 de Madrid de 21 de diciembre de 2015 F.J 1º, 2º y 3º (AC 2016/2556).

[117] CALVO VÉRGEZ, Juan, "La adopción de las medidas cautelares en los delitos contra la Hacienda Pública tras la reciente reforma tributaria", *La Ley,* nº 8708, 2006, nº pág. 3 y ss. que realiza un estudio sobre la ley 7/2012 que en el ámbito penal contempla como excusa absolutoria en relación con los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, no haber defraudado más de 120.000 Euros y que el sujeto se ponga al corriente con los pagos, aunque en esta obra se trata de manera más específica las medidas cautelares que podrán ser adoptadas al amparo de la reforma operada por la Ley 7/2012.

los procedimientos contra los delitos contra la Hacienda Pública, este autor resalta que el régimen de las medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas han sido objeto de modificación con el fin de poder ser adoptadas en cualquier momento del procedimiento, permitiendo así a la Agencia Tributaria adoptar medidas cautelares en los procesos penales.

A continuación voy a hacer mención de las diversas medidas cautelares que aparecen reguladas en la LEC, pero sin olvidar que se contiene también una referencia genérica a cualquier otra clase de medidas cautelares posiblemente aplicables que, cuando cumplan unas determinadas características, permitan asegurar la pretensión del demandante y que serán objeto de estudio más adelante.

OSORIO ACOSTA[118] realiza una clasificación de los tipos de medidas cautelares basada en el tipo de pretensión que se ejercite:

8.1.Medidas cautelares para el aseguramiento de pretensiones mero declarativas o ejecutivas[119].

Dentro de éstas encontramos las siguientes:

8.1.1. Medidas que otorgan publicidad al litigio

Con la adopción de este tipo de medidas se intentan evitar perjuicios para el demandante y terceros de buena fe: esta medida cautelar va a ser aplicable en aquellos litigios en los que estén implicados bienes o derechos susceptibles de aparecer inscritos en Registros Públicos.

En estos casos se procede a dar publicidad al litigio mediante la inscripción marginal en el asiento en que se encuentre inscrito ese bien o derecho. La regulación de esta medida cautelar se encuentra en el art. 727.5 y ha sido objeto de un amplio estudio por LORCA NAVARRETE[120], este artículo establece que "*podrá instarse la anotación preventiva de la demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros Públicos"*, así como en el art. 6 "*podrá instarse cualquier otra*

---

[118] OSORIO ACOSTA, Ezequiel, E*lementos definidores de las medidas cautelares, clases de medidas cautelares, e*n: OSORIO ACOSTA, Ezequiel, PÉREZ VALLESPÍN, David, *Las medidas cautelares en el proceso civil español.* Juruá. Lisboa, 2013, nº. pág. 32.

[119] La pretensión declarativa, es aquella que busca la declaración a través de una sentencia, de un derecho o de una relación jurídica, por su parte la pretensión ejecutiva aspira a que se creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas.

[120] LORCA NAVARRETE, Antonio María, *De las medidas cautelares disposiciones generales*…op.cit., nº pág. 3847, la anotación preventiva de demanda constituye una de las medidas cautelares clásicas de las reguladas en la LEC de 1881, la LEC del año 2000 se refiere no solo a bienes o derechos susceptibles de ser inscritos únicamente en el registro de la propiedad, sino que alude a bienes y derechos susceptibles de inscripción en registros públicos y no solo en los registros de la propiedad.

anotación registral, en casos en que la publicidad sea útil para el buen fin de la ejecución".

8.1.1.1. Anotación preventiva de demanda.

La anotación preventiva de la demanda, según el art. 42.1º de la Ley Hipotecaria, tiene por objeto el dar a conocer, mediante la publicidad de los asientos registrales, la existencia de un proceso pendiente que pueda afectar a algún derecho real que con anterioridad haya accedido al Registro[121]. Hay que tener en cuenta que lo que aquí se inscribe no es la demanda interpuesta, sino el hecho de que el bien inscrito está siendo objeto de un proceso, de esta manera lo que se consigue es que, habiéndose inscrito tal circunstancia, no se pueda alegar de contrario que ese bien o derecho ya no es del titular por la mera adquisición de un tercero de buena fe, es decir, se evita la aplicación posterior del art. 34 de la Ley Hipotecaria[122].

Tradicionalmente y tal y como define PARDO NUÑEZ[123]en su obra, la anotación de demanda es una medida cautelar de naturaleza registral que trata de asegurar la pretensión ejercitada en el proceso para el caso de que finalmente sea estimada. La doctrina mayoritaria entiende, que la finalidad de la anotación de demanda consiste en preservar en el proceso el juego del Registro, eliminando los obstáculos que puedan levantar la fe registral a la ejecución de la sentencia estimatoria que en su día se dicte. La anotación de demanda sería el instrumento que el demandante tendría para impedir que durante el proceso se produzca la adquisición a *non domino* por un tercero del derecho reclamado, así la función de la anotación sería puramente defensiva.

Por otro lado, se entiende que no parece exacto afirmar que, la anotación es una medida dirigida simplemente a suspender el juego registral, ello porque, en primer lugar, esa finalidad de suspensión solo se produce cuando se perjudica al anotante porque el registro sigue funcionando y protegiendo al tercero que inscribe contra todos, salvo contra el anotante y en segundo lugar, la parálisis a que somete la anotación a la fe

---

[121] La Ley 20/2011 de 21 de julio de Registro Civil, establece en su art. 40 que "*las anotaciones registrales son la modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrá un valor meramente informativo, salvo los casos en que la ley les atribuya valor de presunción",* además se extienden a petición del Ministerio Fiscal.

[122] Es interesante al respecto, el AAP de Madrid de 3 de mayo de 2006 F.J 2º (AC 2006/921), resuelve y dispone lo siguiente "el art. 727 permite la posibilidad de acordar como medida cautelar la anotación preventiva de la demanda para obtener los efectos que la legislación correspondiente otorga a la publicidad de los asientos registrales, consistente básicamente en impedir a terceros hacer valer su buena fe frente al contenido del registro**".**

[123] PARDO NUÑEZ, Celestino, *Anotaciones judiciales de embargo preventivo. Marcial Pons.* Madrid. 1997, nº pág. 17 y ss. realiza un estudio acerca de las posiciones doctrinales en relación con estas medidas.

registral es total hasta el punto de que dejará de amparar no solo a los adquirentes posteriores sino también a los anteriores[124].

Es interesante el AAP nº 14/2009 de Barcelona de 22 de enero de 2009 F.J 2º (AC 2009/1184) que establece que la anotación preventiva de demanda produce que "el statu quo registral se mantenga de forma que, obtenida sentencia favorable, la propia sentencia o mandamiento que el juez expida sin título suficiente para que el registrador practique las inscripciones que en aquella o en este hubiera ordenado el juez". Es decir, se asegura que la sentencia que en su día recaiga tenga la misma eficacia que si se hubiera dictado al formularse la demanda "retroacción de los pronunciamientos de la sentencia dictada" y de otro se consigue la ventaja derivada del principio de prioridad registral de obtener el actor, instante de la medida, sentencia favorable[125].

8.1.1.2. Anotación preventiva de embargo.

La anotación preventiva de embargo, según CALAMADREI[126], no es por sí misma una medida cautelar, sino que es el complemento del embargo preventivo.

Por su parte PARDO NUÑEZ[127] en su obra de 1997 ya hacía hincapié en la imposibilidad de la doctrina de mantener un criterio uniforme en relación con las anotaciones de embargo. La opinión dominante entiende que la anotación de embargo no es equivalente a la hipoteca.

---

[124] Por el contrario la parálisis de la fe pública no afecta únicamente a las transmisiones que se realicen con posterioridad a la anotación, es admitido mayoritariamente que quien adquiere antes de la demanda con todos los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecario resulta protegido por la fe registral contra el anotante si retrasa la inscripción de su adquisición hasta un momento posterior al que se practique la anotación.

[125] También es interesante la STS nº209/2015 de 17 de septiembre de 2015 F.J 3º (JUR 2015/271850) de la que ya hemos tenido ocasión de hablar en relación con el "periculum in mora" pero el interés radica en la falta de solicitud de anotación preventiva de embargo. La abogada había sido contratada por la actora para que demandara a una empresa de construcción que estaba obligada a venderle un piso como consecuencia del contrato de permuta de su propiedad. Se presentó demandad solicitando la condena de la empresa a suscribir el correspondiente contrato de compraventa y, subsidiariamente, a abonar una indemnización, sin solicitar medida cautelar de anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad. La sentencia declaró la vinculación de las partes por el contrato de compraventa sobre esos pisos no imponiendo ninguna medida de indemnización ni de ejecución. Esta fue recurrida por la parte demandada mientras que la primera abogada, que posteriormente sería condenada no formuló ningún tipo de recurso para instar la adopción de determinadas medidas de ejecución. Hay que tener en cuenta que posteriormente la actora tuvo que contratar los servicios de un nuevo abogado para que solicitase ante los tribunales la resolución del contrato de compraventa y el abono de una indemnización.

[126] CALAMANDREI, Piero, *Nociones sistemáticas fundamentales*…op.cit., nº pág. 158, denomina el embargo preventivo como secuestro conservativo en un supuesto de falta de pago de una deuda en dinero y establece que en fuerza de éste, aun antes de que sea declarada cierta la existencia del crédito y que se haya creado el título ejecutivo, se privará al deudor de la disponibilidad de los bienes que constituyen la garantía del acreedor, en espera de que sea creado el título ejecutivo para poderlos expropiar.

[127] PARDO NUÑEZ, Celestino, *Anotaciones judiciales de embargo*…op.cit., nº. pág. 91.

Con la anotación preventiva del embargo se da publicidad al hecho en sí, su carácter complementario se evidencia por el plazo al que está sujeto, pues la anotación preventiva del embargo tiene un plazo de prescripción de 4 años y pasado ese tiempo deberá ser cancelado de oficio. Esta medida cumple su finalidad cuando se cumplen dos requisitos: primero que el bien embargado sea propiedad del demandado y segundo, que figure inscrito en el Registro.

Por otro lado, no podemos obviar que la anotación preventiva de embargo afecta a cualquier derecho nacido con posterioridad a la fecha de esa anotación pero no afecta a los derechos que estaban inscritos con anterioridad. Es interesante la STS nº 830/2008 de 3 de noviembre de 2010 F.J 2º y 3º (JUR 2010/393983) dictada por la Audiencia Nacional de Madrid[128] que hace referencia a la petición de anotación preventiva de embargo formulado por la parte actora que lleva como consecuencia una tardía respuesta por parte del órgano jurisdiccional y que da lugar a que la parte demandada enajene el bien inmueble a un tercero de buena fe (por lo que ya no se cumpliría el requisito al que hemos hecho referencia anteriormente relativo a la necesidad de que el bien esté a nombre del sujeto). El problema radica en determinar si el hecho de que el sujeto no vea cumplida su pretensión, surge por la tardanza del órgano jurisdiccional o por el valor del inmueble que imposibilitaría que el sujeto obtuviera la cantidad reclamada, porque el bien no llega a cubrir la totalidad de la deuda.

Se resuelve tal cuestión entendiendo que el sujeto no va a ver satisfecha su pretensión, no por la tardanza del órgano jurisdiccional para ordenar el embargo preventivo, sino porque, aun embargando el bien, no se hubiera podido satisfacer su deuda.

8.2.Medidas cautelares para la protección de bienes y derechos de personas en situaciones de riesgo.

Los procesos en los que va a tener cabida la adopción de este tipo de medidas, son los reconocidos y regulados en los arts. 748 a 778 LEC, de los que me ocuparé de manera específica más adelante. El art. 762 se refiere a los procesos de incapacitación y establece que "*cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio".* Este artículo es comentado en la obra de *OSORIO ACOSTA*[129]quien

[128] STS nº 830/2008 de 3 de noviembre de 2010 F.J 2º y 3º (JUR 2010/393983), donde además se aprecia además la falta de conexión necesaria entre la actividad anormal del órgano jurisdiccional y el daño causado.

[129] OSORIO ACOSTA, Ezequiel, *Elementos definidores de las medidas cautelares…*op.cit., nº pág. 37. En relación con este precepto y más concretamente en relación con la protección del presunto incapaz, hay que tener en cuenta que no podemos entender que la adopción de medidas de naturaleza personal adoptadas en esta clase de procesos sean equiparables a las medidas cautelares pues éstas se adoptan para garantizar bienes y derechos del demandante.

introduce algunas salvedades en relación con él. De forma similar regula el art. 768 LEC los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad[130], estos procedimientos son estudiados con minuciosidad por APARICIO AUÑON[131].

8.3. Medidas cautelares para el aseguramiento de pretensiones de condena.

Las pretensiones de condena pueden tener varias finalidades, tales como obtener del demandado el dinero que es debido, obligarlo a dar o entregar algo o la petición de cesación de una determinada conducta, en atención a todas estas posibilidades, la LEC regula diferentes tipos de medidas cautelares:

8.3.1. De condena dineraria.

En esta pretensión lo que se solicita es la condena del demandado a entregar una cantidad de dinero que debe ser cierta y determinada. Los límites aplicables a estas pretensiones se regulan en los arts. 219 y 220 LEC[132].

8.3.2. El embargo de bienes.

Según OSORIO ACOSTA [133] consiste en una orden o mandamiento judicial por el que determinados bienes del demandado quedan trabados, limitando así la libre disposición sobre los mismos para garantizar la ejecución de la sentencia condenatoria que pudiera dictarse.

---

[130] Estos procedimientos vienen reconocidos en los arts. 764 y ss. de la LEC. Simplemente hay que decir que la acumulación de las acciones de filiación de pretensiones dedicadas de la misma causa son muy frecuentes en la práctica y nada impide tratarlas dentro del nuevo proceso especial. Lo que ya no sería posible es acumular otras peticiones con causa de pedir distinta a la filiación cuestionada.

[131] APARICIO AUÑON, Eusebio, *De los procesos sobre capacidad, filiación*…op.cit., nº pág. 4050.

[132] El art. 219 LEC se refiere a las reclamaciones de pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, los límites a los que se refiere hacen alusión a la imposibilidad de limitar la demanda a la petición de una sentencia declarativa, sino que se deberá exigir la condena a su pago, se añade la imposibilidad de solicitar su determinación en la ejecución de la sentencia. La sentencia de condena "*establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética*".

Por su parte el art. 220 LEC hace referencia a la reclamación del pago de intereses de prestaciones periódicas, en este caso se permite que sea la sentencia la que incluya la condena a satisfacer los intereses o las prestaciones que se devenguen tras haberse dictado la sentencia. En los casos en los que se reclamen rentas periódicas cuando esta acción esté estrechamente vinculada con la acción de desahucio, siempre que el demandante lo haya expresado claramente en la demanda, la sentencia, el auto o el decreto incluirán la condena a satisfacer así como las rentas debidas con posterioridad a la interposición de la demanda.

[133] OSORIO ACOSTA, Ezequiel, *Elementos definidores de las medidas cautelares…*op.cit., nº pág. 40.

El embargo de bienes junto con las anotaciones preventivas, constituyen el grupo de medidas más frecuentes en la práctica: lo más llamativo de estas medidas cautelares es que no pueden ser sustituidas por otras de igual eficacia pero menos gravosas

Pensemos en la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios, respecto de la cual, no cabe aplicar otra medida cautelar, porque al tratarse de una condena dineraria, sólo cabe hacer efectiva la sentencia condenatoria mediante tal embargo preventivo.

El art. 727.1 LEC alude al embargo preventivo de bienes, LORCA NAVARRETE[134] introduce estas concretas medidas dentro de las denominadas como medidas cautelares específicas que a juicio de éste son aquellas que hacen que la medida cautelar no se integre dentro de la tutela judicial efectiva de la exclusiva sentencia de condena y es por ello que los supuestos que enumera el art. 727 de la LEC como medidas cautelares específicas se integran en la tutela judicial efectiva que pueda otorgarse con una eventual sentencia estimatoria declarativa y no exclusivamente de condena. Por lo tanto, estas medidas servirán para asegurar la ejecución de "*sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles*", además se añaden otros supuestos en los que cabe la adopción del embargo preventivo al establecerse que, "*fuera de estos casos, cuando la medida sea idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado*" cabrá la aplicación de esta medida.

Autores como GARBERÍ LLOBREGAT[135] entiende que además de los rasgos que esta medida comparte con las de carácter general se identifica por: constituir una actividad jurisdiccional, por recaer sobre determinados bienes del demandado y por enmarcarse dentro de un proceso, para asegurar los fines del mismo.

Comparando este artículo 727.1 LEC con el anterior art. 1.399 de la ya derogada Ley de Enjuiciamiento Civil, se puede observar que según como establece VALLS GOMBAU[136] la finalidad que se reconocía en la medida cautelar del art. 1.399 es la misma que se reconoce en esta nueva redacción. La única diferencia que encontramos es que, el art. 727.1 tiene un carácter más extensivo y es más perfecto porque define con mayor precisión esa finalidad que no es otra que, asegurar la ejecución de sentencias de

---

[134] LORCA NAVARRETE, Antonio María, *De las medidas cautelares*...op.cit., nº pág. 3842. En relación con el embargo preventivo de bienes, la LEC lo vincula con el aseguramiento de la ejecución de sentencias de condena. Pero esa vinculación a juicio de este autor no es inexorable. La LEC permite la vinculación de embargo preventivo con el aseguramiento de la ejecución de sentencia estimatoria si el mismo no puede ser sustituido por otra de igual o superior eficacia.

[135]GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Parte general. Medidas cautelares y proceso cautelar*…op.cit., nº pág. 175.

[136] VALLS GOMBAU, José Francisco, *Las medidas cautelares y los recursos*…op.cit., nº pág. 160.

condena de dinero. Frente a la mera mención anterior a las deudas en metálico aparece esta concreta referencia a las condenas dinerarias, lo que hace que sea el embargo preventivo, la medida también aplicada en los procesos monitorios y en los juicios cambiarios de los que hablaremos más adelante. Su carácter extensivo se predica en tanto que hace mención a los "frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precio cierto".

Por su parte la autora TORRES ROSELL[137], en relación con el embargo preventivo de bienes, reitera en su obra la necesidad de que, aun no habiendo sido previsto por el legislador en muchos casos ni tan siquiera la práctica de la prueba, es necesario que se aplique el régimen general de las medidas cautelares. Los elementos definidores del embargo preventivo aluden en primer lugar a su carácter típico, en el sentido de que, para producirse su aplicación, han de concurrir todos los requisitos y presupuestos de las medidas cautelares: en segundo lugar, se requiere que los bienes que van a ser embargados sean de titularidad del demandado porque en caso contrario el legítimo propietario debería instar la tercería de dominio[138] y en tercer lugar se requiere de la aplicación de los arts. 584 y ss. LEC[139].

Según ROBLES GARZÓN[140], la tercería de dominio es aquella acción que ejercita el titular del bien embargado en un proceso de ejecución del que no es parte con

---

[137] TORRES ROSELL, Nuria, *Las medidas cautelares*...op.cit., nº pág. 66, hace alusión a determinados casos de embargos preventivos en los que lo que ocurre es que, el deudor con domicilio en el lugar en el que se le deba demandar, se ha ausentado sin dar razón de su paradero. En estos casos lo que suele ser frecuente que el solicitante alegue esta situación pero no aporte prueba sobre su veracidad, esto plantea la cuestión de si el hecho de afirmar que no es posible la práctica de prueba nos lleva a afirmar que no se puede aportar ningún medio de prueba para demostrar esa situación y por lo tanto, cabría preguntarnos, si el demandado no puede de ninguna manera probar la falsedad de tal alegación lo que produciría un embargo ilícitamente solicitado y acordado, la respuesta a esta cuestión planteada es que, en todos estos casos cabe aplicar las normas generales y admitir no solo la existencia de la actividad probatoria sino también cualquier medio de prueba admitido en derecho.

[138]STS nº 701/2007 de 25 de junio de 2007 F.J 3º (RJ 2007/4672), la tercería de dominio para que sea válida exige el cumplimiento de una serie de requisitos, concretamente "los exigidos por las normas de derecho civil, para reconocer la propiedad, es decir, si ha existido el título hábil exigido por el art. 609 CC para entender transmitido el dominio (negocio causal y tradición), causa de la entrega y entrega efectiva que, en ningún modo podría modificarse por normas administrativas, cuando estas no se establecen como elementos esenciales de un contrato normado". En esta sentencia se reitera la exigencia de los requisitos de la tercería de dominio alegando que **"** conforme a la reiterada jurisprudencia, lo que importa en este proceso es saber si se han producido o no…los requisitos exigidos por las normas de derecho civil, para reconocer la propiedad, es decir, si ha existido el título hábil exigido por el art. 609 CC, para entender transmitido el domino (negocio causal y tradición), causa de la entrega y entrega efectiva que, en ningún modo podría modificarse por normas administrativas cuando éstas no se establecen como elementos esenciales de un contrato normado, tal como establece, con reiteración, la doctrina de esta Sala".

[139] STS nº 238/2007 de 13 de noviembre de 2007 F.J 1º Y 2º (AC 2008/118) sobre petición de embargo preventivo de bienes de los administradores de la mercantil AFINSA BIENES TANGIBLES S.A.

[140] ROBLES GARZÓN, Juan Antonio, *Tutela privilegiada del crédito. Proceso monitorio. Juicio cambiario*, en: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio, MONTES REYES, Amalia, MOLINA CABALLERO, M.ª Jesús, etc. *Conceptos básicos de derecho procesal civil*, Madrid, 2008, nº pág. 579.

el objeto de obtener el alzamiento de la traba adoptada sobre un bien de su titularidad. Este no es el único autor que define la tercería de dominio aunque CACHON CADENAS [141] se refiere de manera específica a la doctrina procesal española o mejor dicho, a la elaboración de diversas concepciones teóricas que de una parte consideran que, las tercerías constituyen el único supuesto de intervención principal regulado en nuestro ordenamiento y que en la intervención principal el tercero acumula al proceso principal otro proceso con pluralidad de partes.

De otra parte, se mantiene la idea de que las tercerías forman parte de la intervención principal y señalan que en esos supuestos podría tener lugar un proceso único con pluralidad de partes siempre que se acepte que el litisconsorcio que se origina es cuasi- necesario.

Otro tercer posicionamiento mantiene que las tercerías son hipótesis de intervención principal y entienden que en estos casos surgen dos nuevos procesos acumulados que a su vez, van a ser agrupados al proceso ya pendiente.

Es interesante la sentencia abajo mencionada sobre la petición de embargo preventivo, debido a que, tanto el juez **a quo** como la parte recurrente esgrimen argumentos llamativos para defender la adopción y la no adopción de la medida cautelar de embargo preventivo, lo que nos permite ver la importancia de apreciar la concurrencia o no de los presupuestos procesales, pues de ello dependerá la adopción o no del embargo preventivo.

La denegación de la adopción de la misma se basa en la falta de concurrencia de los requisitos exigidos legalmente "no puede afirmarse que exista un riesgo cierto y objetivo de que los demandados puedan malbaratar sus bienes", es decir, no se aprecia el "periculum in mora".

Por otro lado, el apelante muestra disconformidad por entender que sí concurren los mismos; establece que los bienes que pretenden ser embargados están libres de todo embargo, pero además achaca al juez una errónea conducta entendiendo que ha existido un prejuzgamiento sobre el fondo del asunto, algo que no puede ocurrir en la fase de petición de adopción de las medidas cautelares. El argumento que esgrime el apelante para defender la existencia de los presupuestos de las medidas cautelares es el siguiente: "la existencia de diversos procesos y la apariencia de conductas gravemente irregulares, es indicativa de la posibilidad de que los demandados realicen conductas dirigidas a constituirse en insolvencia e imposibilitar la ejecución".

---

[141] CACHON CADENAS, Manuel, "Embargos, tercerías y opción de compra", *Justicia.* 1984, nº 2, nº pág. 353.

En relación con la aplicación de los arts. 584 y ss. LEC, es importante mencionar que éstos se refieren al alcance objetivo y suficiencia del embargo cuando dispone que, "*no se embargarán bienes cuyo previsible valor exceda de la cantidad por la que se haya despachado ejecución*", también hacen alusión a la posibilidad de evitar el embargo mediante consignación "*despachada la ejecución, se procederá al embargo de bienes conforme a lo dispuesto en la presente ley, a no ser que el ejecutado consignare la cantidad por la que ésta se hubiere despachado*". Así mismo, también se permite realizar la consignación en cualquier momento posterior al embargo, el art. 586 LEC regula el destino de la cantidad consignada "*si el ejecutado formulare oposición, la cantidad consignada, se depositará en el establecimiento designado para ello y el embargo seguirá en suspenso, en caso de que no formule oposición, la cantidad consignada, se entregará al ejecutante*".

8.3.3. La intervención o administración judicial para satisfacer una pretensión de pago.

La regulación de esta medida cautelar la encontramos en el art. 727.2º LEC.

Se requiere para su aplicación que su adopción sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer, esto ocurre en aquellos casos en los que el deudor, para no hacer frente al pago de las deudas, pretende que la actividad productiva decaiga hasta hacerla entrar en pérdidas y así, no tener que abonar esa cuantía, no podemos confundir la finalidad de esta medida cautelar pues no es aquella que pretende evitar la minusvaloración de la actividad productiva, sino aquella que pretende garantizar el normal desenvolvimiento de la misma para poder hacer efectivo el pago.

Es importante saber que intervención y administración son figuras afines y que únicamente tienen una diferencia, en la intervención judicial, la persona designada como interventor ejercerá una función de previsión de la actividad que desarrollen los administradores, sin sustituir a éstos y debiendo contar con su autorización para los actos de disposición, en la administración, los administradores actuales serán apartados de su cargo y sus funciones asumidas por la persona designada judicialmente.

La ejecución de esta medida se regirá por lo dispuesto en los arts. 630 y ss. LEC, la administración judicial puede constituirse en los casos en que "s*e embargue alguna empresa o grupo de empresas o cuando se embarguen acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social*", así mismo, "*cabe la constitución de una administración judicial para garantizar el embargo de frutos y rentas cuando (...)"* art. 622.1º y 2º LEC "*la naturaleza de los bienes y derechos productivos, la importancia de los intereses, las rentas o los frutos embargados o las circunstancias en que se encuentre el ejecutado razonablemente lo aconsejen o cuando se comprobare que la entidad pagadora o perceptora o, en su caso, el mismo ejecutado, no cumplen la orden*

de retención o ingreso de los frutos y rentas a que se refiere el apartado primero de este artículo".

La administración judicial se constituye al amparo del art. 631 LEC. Se requiere una comparecencia ante el Secretario judicial de ahora en adelante, letrado de la administración de justicia (LAJ) con el fin de llegar a acuerdo o efectuar alegaciones, en caso de que exista acuerdo, el LAJ deberá establecer a través de decretos los términos de la administración judicial, en caso de que no haya acuerdo y se pretenda practicar prueba se les convocará a comparecencia ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución que resolverá mediante auto, si no se practicase prueba, el órgano judicial resolverá directamente. En aquellos casos en los que se acuerde la administración judicial de una empresa o grupo de ellas, el LAJ deberá designar un interventor que será nombrado por la empresa y en determinados casos, se procederá al nombramiento de dos interventores.

El art. 631.3º establece que "*el nombramiento de administrador judicial será inscrito, cuando proceda, en el Registro Mercantil. También se anotará la administración judicial en el Registro de la Propiedad cuando afectare a bienes inmuebles*".

8.3.4. Intervención y depósito de cantidades.

El art. 727.8º LEC regula como medida cautelar "*la intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual*", este precepto debemos entender que se encuentra tácitamente derogado por la Ley 23/2006 de 7 de julio y por la Ley 20/2003. Fue muy criticado por diversos autores que entendían que era insuficiente. En materia de propiedad intelectual GARBERÍ LLOBREGAT[142] establece en su obra que, el titular de estos derechos puede pretender ante el Tribunal que esa actividad ilícita finalice y también puede pretender una indemnización por daños y perjuicios.

---

[142] GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Medidas cautelares y proceso cautelar*...op.cit., nº pág. 51, realiza un estudio sobre algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales donde se ha podido concretar los elementos que conforman en cada caso los presupuestos materiales de las medidas cautelares. STS nº 169/2001 de 29 de noviembre de 2001 F.J 2º y 3º (AC 2002/131), relativo a la vigencia del derecho de distribución en condiciones de exclusividad, adquirido mediante la suscripción de un previo contrato de duración indefinida, no se aprecia el "fumuss bni iuris", se establece que dicho presupuesto "en el caso de derechos amparados por la Ley de Propiedad Intelectual quedará acreditado cuando se produzca la infracción de los citados derechos con base en una verosimilitud o apariencia clara de los mismos" por otro lado, también se dispone en esta sentencia que "la voluntad de la entidad titular mundial de los derechos de edición, Casterman Editeurs, es clara, por lo que la adopción de las medidas solicitadas implicaría una intervención contradictoria con la libre iniciativa resolutoria de aquella, que priva de apariencia de buen derecho respecto a los actos supuestamente atentatorios contra la propiedad intelectual del promotor de las medidas".

La medida cautelar va encaminada a salvaguardar esa cantidad dineraria, que será escogida por el demandante entre, la cantidad relativa al lucro obtenido por el infractor más el daño ocasionado, o la cantidad que el infractor hubiera tenido que abonar en caso de haber ejercido lícitamente tal conducta.

La acción de consignar el deudor la cosa o el dinero debidos, consiste según RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ[143], en poner aquellos a disposición de un tercero, distinto, pues, del acreedor[144]. En relación con el tema que nos ocupa, hay que decir que las consignaciones sustantivas o procesales no persiguen la extinción de la obligación, así el art. 449 LEC regula los requisitos exigidos para que procedan los recursos y el art. 266.3 LEC regula la condición necesaria para la admisión a trámite de la demanda.

El Tribunal Supremo asumió a través de la doctrina constitucional, la necesidad de realizar una interpretación de tales normas en el sentido que resulte más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, de tal manera que, la consignación en metálico no se entienda inconstitucional. No obstante, cuando estamos ante supuestos de falta de liquidez o de medios resulta necesaria la aplicación de manera flexible de la norma procesal, entendiendo entonces realizada la consignación cuando se ofrecen otros medios sustitutivos que permitan asegurar la finalidad perseguida[145].

8.4.De condena a dar o entregar algo.

En este caso, la pretensión esgrimida por el demandante es que se condene al demandado a la entrega de un bien productivo, es por ello que, lo que se pretende es evitar el decaimiento de dicha producción en caso de que con ello se menoscabe el bien reclamado.

8.4.1. Intervención o administración judicial.

Establece el art. 727.2º que se puede acordar como medida cautelar "*la intervención o administración judicial de bienes productivos cuando se pretenda*

---

[143] RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Soledad, C*onsignaciones típicas o solutorias y atípicas o cautelares, informe de jurisprudencia, apuntes sobre la consignación judicial.* 2008, nº 54, nº pág. 34.

[144] Son muchas y variadas las normas que en nuestro ordenamiento jurídico contemplan la consignación asignándole diversas finalidades y efectos y por ello podemos diferenciarlas entre las que se identifican con el instituto sustantivo de la consignación típica o solutoria prevista en el código civil y las que, tienen una naturaleza especial, atípica o cautelar funcionando como verdaderas instituciones procesales.

[145] Sin embargo, respecto de la consignación que se exige para la admisión a trámite de la demanda, y tal y como establece el art. 1618 de la LEC de 1881, tanto la doctrina como la jurisprudencia seguían exigiendo la consignación del precio de retracto algo que cambió con el actual art. 266.3 LEC en relación con el art. 269.2 de la misma que obliga a la consignación previa de la demanda de retracto en aquellos casos en que "*se exija por ley o por contrato*", es decir, cuando estemos ante el retracto legal o convencional, me gustaría aclarar que el derecho de retracto es un derecho de adquisición preferente en aras del cual, su titular tiene la facultad de adquirir un determinado bien o derecho.

sentencia de condena". Según la dicción literal de éste artículo, LORCA NAVARRETE[146], entiende que el objeto de estas medidas cautelares es una actividad productiva y que la misma no se vea afectada por la existencia de un proceso pendiente, es por ello que al demandado no se le puede mantener al frente de tal actividad pues podría realizar conductas tendentes a perjudicarla por ello la solución es prácticamente similar a la otorgada en los casos en que la medida cautelar se aplica a supuestos de condena dineraria. El demandante podrá instar al Tribunal para que designe un interventor o un administrador judicial.

Es importante resaltar la importancia del papel que "juegan" las partes en el proceso. Son varias las sentencias que desestiman la petición de esta medida en aquellos supuestos en los que el objeto del litigio está dividido en partes, porque si el demandante tiene una parte mínima de éste en relación con la que poseen los demás parecería injustificado que de su petición resultase afectada la totalidad del objeto litigioso.

Esta medida cautelar no es desconocida en nuestro derecho, ya existía durante la vigencia de la LEC de 1881, su configuración dentro de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha dado lugar que se derogaran otras medidas en virtud de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El art. 1419 de la LEC de 1881, pretendía asegurar los bienes por su carácter productivo y esto es lo que encontramos en común junto con la redacción del artículo 727.2 LEC, las diferencias por el contrario son bastantes amplias. El nuevo artículo se centra en dar una expresión más concreta en referencia a lo que se quiere verdaderamente cautelar que son los bienes productivos, ya no se refiere únicamente a la propiedad sino que se refiere a cualquier interés legítimo para mantener la productividad o la efectividad de la sentencia, además mientras esta nueva regulación se basa únicamente la intervención o administración judicial, el antiguo art. 1.419 regulaba directamente la intervención de la administración.

8.4.2. El depósito de cosa mueble.

Viene recogida en el art. 727.3º LEC la posibilidad de que el demandado peticione ante el Tribunal "*la entrega de una cosa mueble que se encuentra en poder del demandado o de un tercero designado por éste*", en este caso, se podrá pedir cautelarmente que dicha cosa sea depositada fuera de la esfera de disposición del demandado hasta que se resuelva sobre la titularidad del mismo.

No podemos confundir esta medida cautelar con la diligencia preliminar del art. 256.1.2º LEC algo que queda absolutamente claro en la obra de OSORIO

[146] LORCA NAVARRETE, Antonio María, *De las medidas cautelares*…op.cit., nº pág. 3840.

ACOSTA[147]en la que recalca la diferencia entre ambas instituciones, por otro lado, la actuación del demandante se ve limitada, pues será el tribunal quien determine la forma y lugar en que se llevará a cabo el depósito, siendo aplicable el art. 626 LEC que establece que "*en el caso de que se decrete el embargo de títulos valores u objetos especialmente valiosos o que requieran especial conservación, podrán depositarse en un establecimiento público o privado*" así mismo se dispone también que, "*si los bienes muebles embargados estuvieran en poder de un tercero, se le requerirá para que los conserve a disposición del Tribunal y se le nombrará depositario judicial, salvo que el Secretario judicial motivadamente resuelva otra cosa*".

En relación con las diligencias preliminares, VALLS GOMBAU[148] nos explica en su obra, que la Ley de Enjuiciamiento Civil derogada no desarrollaba el depósito judicial dentro de las medidas cautelares sino dentro de las llamadas diligencias preliminares que tenían por finalidad la preparación del juicio posterior. El art. 499.2 de la anterior LEC condicionaba la eficacia de la medida a la interposición de la demanda posterior algo que era lógico por encontrarse dentro de esas diligencias que prepararían el juicio posterior. Esta idea se recogió en nuestra LEC, la cual, aunque no niega la posibilidad de adoptar esta medida cautelar con anterioridad a la interposición de la demanda, exige el cumplimiento de unos requisitos como la urgencia o la necesidad de su adopción que en todo caso corresponderá probar al solicitante.

8.4.3. Para la liquidación de patrimonios: la formación de inventarios.

Cuando se trata de liquidar un patrimonio que conforma una Sociedad de Capital, la Ley establece una normativa clara en la que se dispone que, el liquidador deberá en primer término elaborar un inventario de los bienes que integran la sociedad[149], sin embargo, en otros casos en los que también hay que proceder a dividir un patrimonio no hay una regulación expresa, por lo que aplicar una solución suele ser un proceso largo y suele llevar consigo consecuencias negativas para los socios. Es por ello, que en estos casos se suele recurrir nuevamente al art. 383 LSC.

---

[147] OSORIO ACOSTA, Ezequiel, *Elementos definidores de las medidas cautelares…*op.cit., nº pág. 46. La diferencia entre ambas figuras estriba en que, la diligencia preliminar se produce con carácter previo a la demanda y sirve para que el futuro demandante pueda requerir a la persona que él considera que tiene la cosa que reclama para que la exhiba. En definitiva, esta diligencia tiene por finalidad determinar quién ha de ser la persona demandada por entenderse que tiene en su poder la cosa.

El depósito de cosa mueble como medida cautelar tiene por finalidad sustraer de la órbita de actuación del demandado el objeto litigioso para que éste no pueda disponer del mismo.

[148] VALLS GOMBAU, José Francisco, *Las medidas cautelares y los recursos*…op. cit., nº pág. 168.

[149] Art. 383 de la Ley de Sociedades de Capital "*en el pazo de tres meses a contar desde la apertura de la liquidación, los liquidadores formularán un inventario de la sociedad".*

La petición de esta medida cautelar según LORCA NAVARETE[150], requiere la presentación inicial de una lista en donde se realicen de manera provisional los bienes, no obstante, aunque es cierto que permite conocer de manera indiciaria los bienes que conforman ese patrimonio lo que no asegura desde luego es que se puedan ejecutar con posterioridad. Por ello junto con la presentación de ese inventario, se requiere solicitar la medida cautelar de depósito judicial o incluso de una intervención o administración judicial.

8.4.4. Depósito de obras u objetos y del material empleado para producirlo.

El art. 727.9º se refiere a una medida cautelar que es aplicable en el ámbito de la propiedad intelectual e industrial. Se trata de lo que se conoce como depósito judicial o secuestro y consiste en apartar del tráfico jurídico aquellos materiales obtenidos con supuesta vulneración de las normas de propiedad intelectual o industrial, así como los instrumentos empleados para su producción[151].

Estamos ante otra medida cautelar cuyo origen son los derechos de exclusividad de explotación que las leyes especiales de propiedad industrial e intelectual conceden a sus titulares. En relación con estas medidas cautelares, LARROSA AMANTE[152] realiza un estudio acerca de la justificación de una eficaz tutela cautelar en sede de propiedad industrial, dentro de la que va a englobar tanto la delimitación del ámbito objetivo al que se aplican las medidas cautelares en sede de propiedad industrial como los tipos de pretensiones que pueden ser solicitadas.

Esta medida cautelar no encuentra antecedentes en la anterior LEC, estos deben ser buscados en la Ley de Propiedad Intelectual o en la Ley de Marcas entre otras. Es un tipo especial de secuestro judicial cuya peculiaridad surge por el objeto concreto sobre el que recae la medida. Es por el hecho de ser una norma en blanco que hay que acudir a esas leyes especiales y por lo tanto, debido a que esta medida no aporta ninguna novedad en relación con la LEC anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia sobre la medida de depósito temporal de la regulación anterior es perfectamente aplicable a este supuesto.

---

[150] LORCA NAVARRETE, Antonio María, *De las medidas cautelares…*op.cit., nº pág. 3845, la formación de inventario es una de las denominadas medidas cautelares específicas. Requiere para su adopción que el inventario se realice "*en las condiciones que el tribunal disponga*" esto se deduce del art. 727.4º LEC.

[151] STS nº12/2000 de 22 de enero de 2000 F.J 4º (R 2000/60).

[152] LARROSA AMANTE, Miguel Ángel, *Propiedad industrial y medidas cautelares,* en: MONTALBÁN AVILÉS, Andrés, *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil. Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid. 2004, nº pág.302. En esta obra, hace referencia a la difícil posición en que se encuentra el juez en relación con estas medidas cautelares por los intereses económicos que hay en juego para ambas partes.

8.5.De condena a no hacer algo.

Dentro de este ámbito en el que se peticiona que el sujeto no lleve a cabo una determinada conducta, la LEC regula dos medidas cautelares de carácter negativo entre las que encontramos las siguientes:

8.5.1. La orden conminatoria.

Dice el art. 727.7º LEC que podrá instarse como medida cautelar "*la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo*", este tipo de medida tiene un limitado carácter cautelar porque no va a garantizar los efectos de una posible sentencia condenatoria sino que va a pretender anticipar sus efectos, es por esta razón por lo que algún sector doctrinal ha cuestionado el carácter cautelar de ésta medida.

Según VALLS GOMBAU[153] esta medida sirve para paralizar provisionalmente la realización de aquellos actos que en principio se presentan como transgresores de un ámbito de exclusividad reservado al titular del derecho, y que, lejos de agotarse en su ejecución sea previsible que vayan a seguir causando sus efectos ininterrumpidamente o que vayan a repetirse de forma reiterada.

La antigua Ley de Enjuiciamiento Civil no regulaba de manera extensa estas limitaciones sino que éstas estaban reguladas en diversas leyes especiales de contenido económico como las relativas a la propiedad industrial, a la propiedad intelectual, industrial, etc.

Este conjunto de medidas cautelares suponen la cesación de provisional de la actividad que se considera que infringe la Disposición Derogatoria Única de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta idea no es compartida por una gran parte de autores que consideran que algunas de esas medidas son expresamente derogadas y otras se mantienen sin que haya una justificación clara de ese tratamiento derogatorio.

La AAP de Burgos de 9 de abril de 2007 [154] hace eco de tal doctrina, en esta sentencia podemos observar la adopción de una medida cautelar con carácter anticipatorio o previo para el aseguramiento de pretensiones de condena, concretamente de no hacer, el auto recurrido desestima las medidas cautelares solicitadas inicialmente por la entidad "UNIPREX, SAU"(emisora de radio "Onda Cero") contra las mercantiles Castilla y León Radio SA (emisora radiofónica "Punto Radio Castilla y León") y Onda

---

[153] VALLS GOMBAU, José Francisco, *Las medidas cautelares y los recursos*...op.cit., nº pág.179.

[154] AAP nº 154/2997 de Burgos de 9 de abril de 2006 F.J 1º, 2º, 3º y 4º (AC 2007/1721), sobre la petición de adopción de medidas cautelares con carácter anticipatorio con las que se "cese de inmediato en la difusión de la programación".

Aranda SA, en contra de lo dispuesto por el auto recurrido, se pide que "cesen de inmediato en la difusión de la programación de Punto Radio Castilla y León o de cualquier programación distinta de Onda Cero" que "Onda Aranda SA se abstenga de dar cobertura a la programación radiofónica" y que "se reanude la emisión de la programación de la cadena Onda Cero en los propios términos previstos en el cumplimiento del contrato"[155].

La resolución apelada establece que "las medidas solicitadas son de carácter anticipatorio por cuanto suponen una anticipación por vía cautelar de la pretensión de fondo que se trata de garantizar con la demanda principal, por lo que rechaza su adopción haciéndose eco de cierta doctrina que señala que estas medidas cautelares anticipatorias no responden a la función de las medidas cautelares en general y realza la necesidad del carácter restrictivo de las mismas", sin embargo, prosigue diciendo que "existen ciertas medidas que persiguen un efecto anticipatorio, posibilitando la realización de actos que adelantan provisionalmente lo que se pretenda en el proceso".

La demandante-recurrente funda la necesidad y urgencia de las medidas cautelares "en la existencia de una vía de hecho legítima creada por la actuación desleal de la codemandada Onda Aranda SA quien sin resolver previamente el contrato de asociación sustituye a ésta en el mercado radiofónico que explotaba en virtud de una concesión administrativa otorgada por una de las emisoras directamente competidoras en la zona, como es la codemandada Punto Radio". En el presente caso, el demandante basa su posible acción en la presunta realización por parte de la demandada de actos de competencia desleal, imputando tal comportamiento a Onda Aranda SA, por todo lo expuesto hasta el momento, debido a que, a juicio del órgano sentenciador, se cumplen los presupuestos exigidos para la adopción de la medida cautelar.

Se estima la petición pero, sin olvidar que "el art. 730.2 LEC dispone que, las que se hubieran acordado quedan sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de las medidas cautelares previstas en 20 días", por lo tanto, podemos observar cómo se anticipa ese efecto del que hemos hablado anteriormente pues se determina la cesación de tal conducta aun cuando no existe una sentencia condenatoria firme.

8.5.2. Suspensión de acuerdos sociales.

Esta medida tiene por objeto que un acuerdo social no surta efecto y se pueda impedir su ejecución. Se regula en el art. 727.10º LEC, esta medida cautelar requiere el cumplimiento de un requisito básico y esencial, se podrá adoptar "*cuando el*

[155] Conviene citar como ejemplo de orden de cesación la del art. 7.2 de la Ley 49/1960 de 21 de Julio (LPH) que establece que "*al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas*".

demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieran admitidos a negociación en el mercado secundario oficial". En la obra de OSORIO ACOSTA[156], se hace mención del momento en el que cabe ejecutar los acuerdos sociales entre otras cuestiones. También se prevé la posibilidad de instar la suspensión del acuerdo, además han de concurrir los requisitos o presupuestos esenciales para la adopción de medidas cautelares, y además se requiere para poder aplicar este precepto una legitimación cualificada en el demandante de la medida. Este apartado 10 del art. 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a todos los supuestos de procesos de impugnación de acuerdos adoptados en juntas de sociedades mercantiles quedando excluidas las sociedades que no se constituyen como sociedades de capital como el caso de la sociedad colectiva.

Es interesante hacer mención de autores como ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN[157] que entiende como evidente que la justificación de la medida cautelar radica en hacer efectiva la eventual sentencia estimatoria a base de atajar la efectividad del acuerdo impugnado. De esta manera a través de la suspensión cautelar queda bloqueada la virtualidad del acuerdo.

En las sociedades anónimas cabe aplicar la medida cautelar de suspensión a los acuerdos anulables que se impugnan por ser contrarios a los estatutos, a los acuerdos nulos por ser contrarios a la Ley, a los acuerdos adoptados en las juntas especiales, a los acuerdos tomados en el consejo de administración, dela junta general de las sociedades anónimas deportivas, en fin a una amplia variedad[158]

El antecedente más cercano a esta medida lo encontramos en el art. 120.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Dicho artículo creó un amplio debate doctrinal y jurisprudencial en relación con sus requisitos y efectos que se mantiene a día de hoy. Una de las grandes diferencias que encontramos entre los dos regímenes radica en que la medida cautelar puede ser solicitada para la suspensión de acuerdos sociales de todo tipo de sociedades mercantiles y no solo en relación a las

---

[156] OSORIO ACOSTA, Ezequiel, *Elementos definidores de las medidas cautelares*…op.cit., nº pág. 50, recalca que, a tenor de lo que establece el art. 202.3 de la Ley de Sociedades de Capital, los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten, por otro lado, hace énfasis en el régimen ordinario de las Juntas que establece que el acta se debe aprobar en la propia junta y por ello será ejecutivo el mismo día en que se haya adoptado el acuerdo, en caso de que no se consiga aprobar el acta en la propia sesión, se podrá aprobar en los siguientes quince días entre el Presidente y dos socios interventores en representación de los socios mayoritarios y minoritarios.

[157]ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *Estudio sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales*. León, 2015, nº pág. 200.

[158]Cuestión interesante es la relativa al carácter accesorio de las medidas cautelares e incidente de impugnabilidad de acuerdos, en donde lo que ocurre es lo siguiente, hay un proceso principal del que dependen dos accesorios: las medidas cautelares y el incidente de impugnabilidad. El primero de ellos persigue la efectividad de la sentencia del principal anticipando efectos propios de la misma. En cambio el segundo paraliza y suspende ese proceso principal.

Sociedades Anónimas lo que permite que la LEC del año 2000 amplíe su campo de actuación y aplicación.

Según establece ALANÍS SIDRACH DE CARDONA[159] la unificación del régimen jurídico procesal aplicable a la tutela cautelar puso fin al procedimiento que para la adopción de la medida de suspensión cautelar de acuerdos sociales venía regulado por el art.120 del TRLS y que como ya sabemos creo un amplio debate tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia. La suspensión cautelar de un acuerdo social se caracteriza por tener una naturaleza distinta a otras medidas específicas y por lo tanto va a requerir del cumplimiento de una serie de presupuestos propios y requisitos[160] para que sea decretada conforme al nuevo proceso cautelar y ello porque el objeto o la finalidad perseguida es la nulidad de tal acuerdo y más que asegurar la efectividad del fallo supone la anticipación de los efectos de la sentencia[161]. Es importante saber, que esta medida cautelar en principio tampoco parece admitir la posibilidad de adoptarla *inaudita parte* ello se desprende de la dicción literal del art. 70 de la LSA de 1951 "*podrá el juez suspender el acuerdo impugnado oídos los representantes de la sociedad, quienes podrán solicitar, a su vez, que se aseguren mediante caución los eventuales perjuicios que con la suspensión podrán irrogarse a la sociedad".*

El art. 5.1 de la LEC prevé la posibilidad de pretender ante los Tribunales la adopción de medidas cautelares. La LEC del año 2000 unifica el tratamiento de las medidas cautelares exponiendo en su preámbulo que "*ha optado por sentar con claridad las características generales de las medidas que pueden ser precisas para evitar que se frustre la efectividad de la futura sentencia".*

Lo relativo a la suspensión de acuerdos sociales, ha sido desarrollado por diversos autores y aunque no podríamos referirnos a todos ellos, es importante resaltar el carácter cautelar de la medida comentada. FAIRÉN GUILLÉN[162] en relación con las Sociedades Anónimas resalta su naturaleza cautelar observando que se trata de un procedimiento,

---

[159] ALANÍS SIDRACH DE CARDONA, Antonio López, *Suspensión de acuerdos sociales,* en: MONTALBÁN AVILÉS, Andrés, *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil,* Madrid, 2004, nº pág. 101 y ss.

[160] Según la doctrina, si la medida cautelar constituye un ejemplo de tutela sumaria ha de exigirse una especial acreditación del presupuesto "fumus boni iuris", cuestión que no es acogida por la mayor parte de la misma.

[161] La doctrina advirtió en el Borrador del Anteproyecto de la LEC como el legislador con la intención de unificar la tutela cautelar, se decidió por un concepto muy amplio de las medidas cautelares incluyendo además la tutela judicial sumaria.

[162] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Temas del Ordenamiento Procesal. Tomo II.* Madrid.1969, nº pág. 943.

destinado a obtener una resolución que constituye una anticipación provisional de ciertos efectos de la sentencia definitiva, dirigida a prevenir el daño que podrá derivar del retardo de la misma.

Esta tesis también fue abordada por MARTÍN PASTOR[163], que establece en relación con la suspensión cautelar de acuerdos que, el resultado perseguido es el de evitar los perjuicios que se podrían derivar de la ejecución de los acuerdos sociales impugnados, sobre los que previsiblemente haya de recaer una declaración de invalidez e ineficacia.

8.6. Medidas cautelares para el aseguramiento de créditos en el proceso concursal.

Antes de entrar a valorar específicamente estas medidas, es importante hacer alusión a las medidas cautelares previas a la declaración de concurso, según MÉRIDA ABRIL[164] hay que distinguir entre las medidas cautelares personales y patrimoniales[165], esta cuestión también será abordada por autores como GARNICA MARTÍN[166], simplemente añade que cuando se estime procedente adoptar unas u otras de estas medidas no debe existir inconveniente para adoptar ambas en una misma resolución a pesar de que el procedimiento a seguir para su adopción pueda ser diferente. No obstante, esta circunstancia y el hecho de que su régimen de impugnación es diverso, puede aconsejar que se adopten en resoluciones diferenciadas.

Aunque esto no es objeto de mi estudio, parece interesante abordar la cuestión de que antes de poder adoptar medidas cautelares en los procesos concursales debe existir esa declaración de concurso, y al igual que ocurre con las medidas cautelares que requieren para su adopción una serie de presupuestos, en las declaraciones concursales también deben concurrir determinadas circunstancias que podemos son desarrolladas

---

[163]MARTÍN PASTOR, José, *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles.* Granada. 1997, nº pág. 14. En esta obra explica que es un hecho real que, durante el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda de impugnación de acuerdos sociales y el momento en el que la resolución pronunciada se encuentre en condiciones de ser ejecutada, pueden surgir obstáculos derivados de la ejecución de los acuerdos impugnados, que dificulten, o tal vez imposibiliten la efectividad de aquella.

[164] MÉRIDA ABRIL, Carmen, *Las medidas cautelares previas a la declaración de concurso en la nueva legislación concursal,* en: MONTALBÁN AVILÉS, Andrés, *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil,* Madrid, 2004, nº pág. 140.

[165] Esta medida patrimonial tiene naturaleza cautelar porque es instrumental respecto a una resolución posterior que es la declaración de concurso. A partir de que se dicte esta resolución, la medida pierde su carácter cautelar, de forma que su ratificación lleva consigo un cambio de naturaleza jurídica y su conversión en medida de garantía.

[166] GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *Aspectos procesales de la Ley concursal,* en: GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *La nueva Ley concursal. Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid. 2003, nº pág. 273.

por FERNÁNDEZ-BALLESTEROS[167] quien sienta de manera clara que los presupuestos materiales del concurso son: una pluralidad de deudores[168], la existencia de activo suficiente[169] y la insolvencia del deudor común[170].

En la dispersa legislación concursal vigente antes de la Ley 22/2003 de 9 de julio no se preveía la adopción de medidas cautelares en los procedimientos de insolvencia pues esa resolución judicial se emitía sin audiencia del demandado.

Es por ello que las medidas cautelares previas a la declaración de concurso es cuestión importante porque en su adopción desde el inicio del procedimiento encontraremos en muchos casos el éxito del mismo, en relación con esto, autores ya mencionados como GARNICA MARTÍN[171] se refieren a la adopción de medidas cautelares sobre bienes inmuebles, en este sentido, no cree que sea suficiente con la anotación preventiva de la solicitud en el Registro de la Propiedad porque esa medida no permite asegurar que los bienes salgan del patrimonio, lo adecuado a merced de este autor, sería el embargo preventivo o una prohibición de disponer y su inmediata anotación en el Registro de la Propiedad.

No podemos olvidar que toda adopción de una medida cautelar requiere del cumplimiento de una serie de presupuestos y que, encontrándonos dentro del proceso concursal o en su fase previa también deben concurrir. Como ya hemos visto el

---

[167] FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso,* en: GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *La nueva Ley Concursal. El Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid.2003, nº pág.55.

[168] AAP nº 33/1997 de Pontevedra de 11 de abril de 1997 F.J 1º (c) (AC 1997/708), en éste auto se establece esa necesidad, es decir, la relativa a la pluralidad de deudores, se dice que "la declaración de quiebra requiere de una pluralidad de acreedores aunque el que la solicite sea solamente uno de ellos". Así lo entiende la jurisprudencia, que dice que la necesidad de una pluralidad de acreedores que traigan causa de un mismo comerciante o deudor confirma la *ratio legis* de la declaración de la quiebra, pues la misma hace posible, por su naturaleza universal, la distribución de los bienes entre los diferentes acreedores.

[169]La jurisprudencia ha venido entendiendo que el concurso no debe ser abierto si, a juicio del Juez, el patrimonio del deudor o masa activa previsiblemente no será bastante para hacer frente a los gastos que la propia apertura del concurso comporta.

[170] Para nuestro derecho, la situación de desbalance no es, por sí sola, razón suficiente para la apertura del concurso, sino que, según la Ley Concursal se requiere la insolvencia, no obstante, opta por los términos insolvencia para ponerlo como causa de la apertura del concurso probablemente no es una buena elección porque en el lenguaje usual, la palabra insolvencia quiere decir, imposibilidad de pagar la deuda y no deja claro de si la incapacidad para pagar procede de la falta de dinero efectivo o de falta de bienes con lo que hacer frente a las deudas.

[171] GARNICA MARTIN, Juan Francisco, *Aspectos procesales de la Ley concursal...*op.cit., nº pág. 273, alude al art. 17 de la Ley Concursal, que se limita a decir que pueden adoptarse como medidas cautelares, "*las que se consideren necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor",* es decir, cabría adoptar el embargo preventivo pero por el contrario, no podría adoptarse la intervención o administración judicial o la formación de inventarios de bienes. La medida a adoptar dependerá de la naturaleza de los bienes cuya seguridad se pretenda.

presupuesto de apariencia de buen derecho varía en su finalidad en tanto nos encontremos ante el régimen general o en materia concursal, y ello es similar a lo que ocurre con la necesidad de que concurran otros presupuestos, es decir, al igual que en el régimen general también se exige la concurrencia del "periculum in mora", de la fianza y de la instancia de parte, pero además se requiere el cumplimiento de otros dos presupuestos que creo que al menos debe ser objeto de mención y que son **la proporcionalidad** y el **principio de mínima onerosidad**.

El art. 1 de la Ley Orgánica 22/2003 de 9 de julio para la reforma concursal regula las medidas cautelares de naturaleza personal que podrán consistir en: la intervención de las comunicaciones del deudor, el deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio así como la entrada en el domicilio del deudor y su registro, a mi modo de ver verdaderas vulneraciones de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, aunque estas medidas solo se podrán autorizar en los casos de urgencia o de necesidad y se requiera la intervención del Ministerio Fiscal.

Por otro lado, tal y como ya hemos expuesto, es posible la adopción de medidas cautelares de naturaleza patrimonial que son las que ya han sido objeto de estudio anteriormente tales como la anotación preventiva de la demanda o el inventario judicial, el embargo de bienes y derechos del socio subsidiariamente responsable y el embargo de acciones o participaciones del art. 630 LEC así como la intervención judicial de la empresa, otras que veremos a continuación como el embargo de bienes y derechos de los administradores y otras entre las que están la intervención del caudal hereditario.

Finalmente, simplemente añadir que, según el art. 21 de la Ley Concursal, es el juez que está conociendo del concurso el que podrá acordar las medidas cautelares que "*considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo",* en relación con el proceso concursal hay determinadas medidas cautelares que son posiblemente adoptables y que son típicas entre las que encontramos las siguientes:

8.6.1. El embargo de bienes del deudor.

Este embargo es el mismo que el que encontramos en el régimen general. Como ya sabemos se encuentra regulado dentro de las medidas cautelares que tienen por finalidad el aseguramiento de pretensiones de condena.

8.6.2. El embargo de bienes de los administradores de la sociedad para responder personalmente de las deudas de la concursada.

En relación con esta medida cautelar hay que tener en cuenta que, es necesario estar ante un concurso de una persona jurídica y que el embargo se decrete con

posterioridad a la presentación de la demanda[172], además el embargo de bienes no se circunscribe solamente a los administradores de la sociedad, sino que puede decretarse en relación con los liquidadores de hecho o de derecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración.

Durante la tramitación del concurso de la sociedad el juez, de oficio o a solicitud de la administración concursal podrá ordenar el embargo de bienes y derechos del socio o socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración del concurso[173]. Debido a que nos encontramos ante una específica medida cautelar, hay que tener en cuenta que en este caso, el peligro por la mora procesal, según OSORIO ACOSTA[174], incluirá la urgencia en adoptar esta medida antes incluso de la apertura de la calificación, en atención al riesgo de inefectividad de la posible sentencia condenatoria por la dilación normal del concurso.

Respecto a la apariencia de buen derecho y teniendo en cuenta la redacción del art. 172.3 de la Ley Concursal que establece que se trata de un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, los créditos no satisfechos con la liquidación concretan el peligro sufrido por los acreedores concursales a causa de la insolvencia del deudor, además la posibilidad de condenar a indemnizar al sujeto, requiere que se haya producido un concurso culpable, es decir, cuando se hubiera agravado la insolvencia por parte del administrador o de los liquidadores de manera dolosa, no obstante, hay que tener en cuenta que no es una consecuencia automática sino una facultad atribuida al juez que podrá o no condenar en función de la concurrencia de los presupuestos

---

[172] Los depositarios, administradores judiciales o responsables de los bienes o derechos sobre los que ha recaído una medida cautelar solo podrán enajenarlos previa autorización por medio de providencia del tribunal y si concurren circunstancias tan excepcionales que resulte más gravosa para el patrimonio del demandado la conservación que la enajenación.

[173] Es llamativo que en este caso, cabe retrotraer la situación a un momento anterior para decretar el embargo de bienes pertenecientes a los socios responsables personalmente por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso, así como a quienes hubieran tenido condición de apoderado y de liquidador dentro de los dos años anteriores a la declaración, pues tal y como ya ha sido objeto de estudio, ello no cabe en relación a la adopción de otro tipo de medidas cautelares como en el caso de medidas cautelares que otorgan publicidad, concretamente la anotación preventiva de embargo que tal y como ya puse de manifiesto, "afecta a cualquier derecho nacido con posterioridad a la fecha de esa anotación pero no afecta a los derechos que estaban inscritos con anterioridad".

[174] OSORIO ACOSTA, Ezequiel, *Elementos definidores de las medidas cautelares*…op.cit., nº pág. 53, hace referencia a la regulación específica del art. 48.3 LC, que singulariza el embargo al administrador frente al régimen general de las medidas cautelares, es insuficiente y debe ser integrada con el referido régimen general e interpretada de forma sistemática con las normas que regulan la calificación concursal. Así mismo este autor, entiende una vez aplicada la jurisprudencia, que, estas especialidades no empecen a la referida relación de accesoriedad del embargo respecto de la acción principal de responsabilidad de los administradores por los créditos no satisfechos con la liquidación, ni a que en función de ello, deban cumplirse los requisitos generales del "fumus boni iuris" y el "periculum in mora" analizados siempre en relación con dicha acción principal.

establecidos en la propia ley concursal la cual nos remite a la doctrina jurisprudencial del TS a cerca del "levantamiento del velo".

Para afirmar la concurrencia de la apariencia de buen derecho, se requiere la insuficiencia de masa activa para pagar todas las deudas e indicios fundados de que el concurso puede ser declarado culpable y ello se apreciará cuando en el estado de insolvencia haya mediado dolo o culpa del deudor, de sus administradores o liquidadores y en este caso, se vincularía la responsabilidad concursal al administrador atendiendo a su diligencia y así la responsabilidad sería exigible a los administradores a los que quepa imputar la generación o agravación de tal estado. VIGUER SOLER[175] entiende que uno de los problemas más delicados de entre los muchos que suscitan los procedimientos concursales, es la exacta determinación del conjunto de bienes y derechos del deudor a efectos del pago de los créditos. Por su parte GARCÍA MARTÍNEZ[176] realiza un estudio acerca de la determinación de la masa pasiva y entiende que la finalidad esencial del concurso es la satisfacción de los acreedores concurrentes sobre el patrimonio del deudor común. Se trata de alcanzar en definitiva, antes de la fase del convenio o liquidación en que puede desembocar la fase común, el más exacto conocimiento del estado patrimonial del deudor a través de la determinación de las masas activa y pasiva del deudor.

Todo lo dicho anteriormente debe ser matizado, pues no todas las conductas que pueden ser calificadas como culpables surgen a causa de la generación o agravación de esa insolvencia. Tal y como establece el art. 164.1 LC "*el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales*"[177], si atendemos a este artículo, la conducta merecedora de la calificación

---

[175] VIGUER SOLER, Pedro-Luis, *La masa activa: determinación y acciones de reintegración,* en: GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *La nueva Ley Concursal. El Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid.2003, nº pág. 357 y ss. El concurso, según establece este autor no es sino un procedimiento de ejecución universal tendente a la satisfacción de todos los créditos respetando la igualdad de los acreedores.

[176] GARCÍA MARTÍNEZ, Antonio, *La determinación de la masa pasiva,* en: GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *La nueva Ley Concursal. El Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid. 2003, nº pág. 401.

[177] Esto es posible gracias a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 que introdujo el art. 31 bis en nuestro CP y donde se regula la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas, algo que no estaba regulado en nuestro ordenamiento jurídico hasta la entrada en vigor de esta ley. Cuestión importante es hacerle saber al lector que el art. 31 bis castiga a quienes actúen como representantes de las personas jurídicas, reportando un beneficio directo o indirecto a las mismas o actúen de manera independiente como integrantes de un órgano de la persona jurídica a la que puedan vincular con sus decisiones. También castiga a quienes no siendo los representantes de hecho o de derecho de las mismas, cometan algún delito en el ejercicio de actividades sociales reportando un beneficio directo o indirecto a las personas jurídicas, todo esto, relacionado con el art. 31 ter que establece que para sancionar a las personas jurídicas se requiere en todo caso constatar que el delito haya sido cometido por alguna de las personas a las que me acabo de referir, aun cuando la persona concreta no haya sido individualizada. Como podemos ver una reforma que produjo un gran cambio en nuestro sistema jurídico y que imposibilita que una conducta llevada a cabo en el seno de una persona jurídica quede impune por no poder individualizar al responsable físico que lo llevó a cabo.

culpable del concurso será aplicable a la responsabilidad del administrador para pagar todo o parte de los créditos, pero esto no ocurrirá cuando apliquemos otros dos criterios que tradicionalmente han fundamentado esa calificación culpable que son, por un lado, la presunción **iuris et de iure** de que el dolo o la culpa grave son inherentes a determinados tipos de actividad y por otro, la regulación de tres supuestos en los que se presume **iuris tantum** el dolo o la culpa grave y se admite prueba en contrario, estos supuestos son; haber incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso, haber incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso e incumplimiento de formulación de las cuentas anuales por parte del deudor que estaba obligado a hacerlas (art. 165 LC).

Aunque en la fase cautelar no se requiere acreditar la relación de causalidad, en estos dos últimos supuestos será necesario acreditar la relación de causalidad entre la conducta imputada al administrador de la sociedad y la generación o agravación de la insolvencia.

8.6.3. La intervención y suspensión de las funciones del deudor.

En estos supuestos, las funciones del órgano de la administración se suspenden y se trasladan a la administración concursal, en caso de que se acuerde la intervención judicial, las facultades del administrador continuarán siendo ejercidas por los liquidadores o administradores con la supervisión de la administración concursal (art. 40 a 45 Ley Concursal). RAMOS TORRE[178], se refiere a la AC como un órgano trimembre, elegido por el juez que instruye el procedimiento, siendo sus componentes un abogado con 5 años de ejercicio, un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados con igual número de años de ejercicio, y por último, un acreedor que ostente un crédito son privilegio especial. Para poder ser elegido administrador concursal, hay que superar una extensa relación de incapacidades, prohibiciones e incompatibilidades y la aceptación, una vez designado, es obligatoria, salvo causa justa.

8.6.4. Ejecución provisional cautelar del Convenio por la Junta de acreedores.

El concurso se divide en secciones dentro de las cuales se solventan diferentes cuestiones litigiosas.

La Sección Quinta es la que se denomina “fase de Convenio” y se produce el llamamiento de los acreedores a una Junta para la aceptación del mismo, pero no es obligatoria tal aceptación sino que cabe posicionarse en contra; y es en ese momento en el que el juez puede decretar como medida cautelar la ejecución provisional del

---

[178] RAMOS TORRE, Javier, *La administración concursal,* en: GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *La nueva Ley Concursal. El Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid.2003, nº pág.334 y ss. Se refiere a la administración concursal y la define como una de las partes que configuran la estructura orgánica del concurso junto con el juez instructor.

Convenio bajo las condiciones provisionales que determine. En relación con esto, hay que hacer especial mención al Magistrado FERRÁNDIZ GABRIEL[179] que analiza los diversos componentes del convenio y que entiende que la naturaleza jurídica del mismo radica en que la Ley Concursal asume que el convenio constituye un negocio jurídico bilateral que se integra por la propuesta del concursado o de sus acreedores, por la aceptación de los destinatarios de la misma, según la ley de las mayorías y por la aprobación del juez en el ejercicio de un control de legalidad[180].

8.7. Medidas cautelares en los procesos de incapacitación

Como ya hemos visto, la LEC del año 2000 ha optado por una regulación unitaria de las medidas cautelares, concretamente el art. 727 de éste código regula concretas medidas cautelares aplicables a procesos que aluden a pretensiones patrimoniales, por lo tanto, vuelvo a reiterar el sistema "numerus apertus" denominado así tradicionalmente por la doctrina.

El art. 762 LEC tiene por finalidad evitar los riesgos que para el presunto incapaz pudieran producirse por la tardanza de tal declaración, el tribunal competente cuando conozca de una posible causa de incapacitación, "*adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio*" y lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, en su caso la incapacitación. El Ministerio Fiscal, así mismo cuando tenga conocimiento de un procedimiento frente a un presunto incapaz, lo pondrá en conocimiento del tribunal para que adopte las medidas cautelares necesarias, éstas podrán adoptarse de oficio o a instancia de parte en cualquier momento del procedimiento.

Para la adopción de estas medidas cautelares se requiere la audiencia previa del demandado, no obstante, el TS ha determinado que no es procedente la audiencia previa del afectado cuando concurren circunstancias de enfermedad acreditadas.

En este tipo de procesos, a diferencia de lo que ocurre en el régimen general, y así concretamente, en los supuestos en que la solicitud se presenta con anterioridad a la

---

[179] FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón, *El convenio en el concurso de acreedores,* en: GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *La nueva ley concursal. Consejo General del Poder Judicial.* Madrid.2003, nº pág. 457 y ss.

[180] La naturaleza jurídica del convenio ha suscitado tradicionalmente diversas discusiones doctrinales. La justificación del debate es evidente debido a que nos encontramos ante un acuerdo de voluntades entre deudor y acreedores. Un sector doctrinal veía en el convenio una realidad contractual ya que tanto el deudor como los acreedores a través de él crean, modifican o extinguen la relación de obligación que les vincula, lo determinante es que ambas partes se hayan puesto de acuerdo en la reglamentación de sus propios intereses. Otro sector, ha entendido que el convenio es una institución de Derecho Procesal cuya eficacia vinculante para todos los acreedores deriva, no del acuerdo de voluntades, sino de la resolución judicial por la que se aprueba lo acordado por los interesados. El tercer sector doctrinal considera que el convenio es un negocio jurídico *sui generis,* de estructura plurilateral, de efectos obligatorios y que es similar a los acuerdos por los que se rige la actividad asociativa pero con naturaleza mixta.

demanda, no se requiere que la demanda se interponga dentro del plazo de los 20 días siguientes a esa solicitud, pero además las medidas cautelares que se pueden solicitar en este tipo de procesos van más allá, pues aquí, además cabe acordar como medida el sometimiento a tratamiento médico del incapaz[181]. No obstante, han de concurrir los presupuestos del régimen general, tales como el *fumus boni iuris* o el "periculum in mora", en relación con este proceso en la obra CERRADA MORENO[182] se entiende que, deben concurrir dudas razonables acerca de la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el art. 200 del CC y que alude a enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. Por otro lado, la concurrencia sólo de la apariencia de buen derecho, no es suficiente para la adopción de medidas cautelares, debido a que en el proceso de incapacitación rige el principio del "beneficio y protección jurídica del incapaz", el peligro puede concretarse en la posibilidad de disposiciones patrimoniales que el presunto incapaz puede realizar en su propio perjuicio y a ello se dedica el art. 728.1.

En relación con la proporcionalidad de las medidas cautelares, es cierto, que no viene expresamente reconocido en la LEC pero debemos entenderlo implícito dentro del art. 721.1 cuando alude a la adopción de las medidas necesarias y además APARICIO AUÑON[183] añade otras dos características aplicables a estas entre las que encontramos su carácter preventivo y menos gravosa. La caución también es aplicable a este tipo de procesos peticionando al solicitante de las medidas que preste caución para hacer frente a los posibles daños y perjuicios que pudieran derivarse de la adopción de las mismas, algo que no ha sido amparado por la totalidad de la doctrina pues la parte minoritaria de la misma ha entendido que la finalidad de cuidar del patrimonio y de la persona del presunto incapaz daría lugar a entender que, las medidas cautelares pueden ser adoptadas de oficio y sin exigir caución.

Según la AAP de Murcia de 28 de febrero de 2012 F. J 2º, (JUR 2012/130520)[184], "la medida cautelar que nos ocupa, es adoptada al amparo de lo dispuesto en el art. 726

---

[181] Estas medidas son las denominadas "medidas cautelares de carácter personal", pueden consistir en la autorización por parte del juez de tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas, en el traslado provisional a una residencia para acondicionamiento del domicilio, tratamientos médicos psiquiátricos, nombramiento de defensor judicial o la constitución de la llamada tutela provisional, etc. No podemos olvidar que el Juez también tiene capacidad para imposibilitar el ejercicio del sufragio pasivo por parte del sujeto siempre y cuando la imposibilidad del ejercicio de tal derecho vega regulado expresamente en la resolución.

[182] CERRADA MORENO, Manuel, *Incapacitación y procesos sobre capacidad de las personas.* BIB 214/974. *Aranzadi S.A*, 2014.

[183] APARICIO AUÑÓN, Eusebio, *De los procesos sobre la capacidad de las personas*, en: LORCA NAVARRETE, Antonio María, GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, etc. *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil. 2ª Edición. Tomo IV. Lex Nova*. Valladolid. 2000, nº pág. 4023.

[184] AAP nº 32/2012 de Murcia de 28 de febrero de 2012, F.J 2º, (JUR 2012/130520) en el que se reitera esa posibilidad de adopción de las medidas cautelares de oficio y sin exigir caución.

LEC, que permite al juez, incluso de oficio, adoptar las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio, tratándose de unas medidas indeterminadas las cuales han sido objeto de estudio por VALLS GOOMBAU[185]. Esas medidas indeterminadas, no persiguen asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte en el proceso de incapacitación como cuidar la persona y el patrimonio del presunto incapaz, en el exclusivo interés de este último, teniendo por tanto un cariz tuitivo, lo que explica que puedan ser adoptadas de oficio y sin exigir caución".

La caución tampoco va a ser exigida en todo caso ni al Ministerio Fiscal que actúa en defensa de la legalidad, ni tampoco a quien sea parte en el proceso de incapacitación, bien sea el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, no obstante, me gustaría aclarar que salvo el Ministerio Fiscal y el Juez de oficio, las demás personas solo podrán pedir la adopción de medidas cautelares una vez iniciado el procedimiento antes no.

Finalmente y en relación con este tipo de procesos, la LEC no establece de forma específica qué tipo de medidas pueden adoptarse, dejando por tanto al arbitrio del juez la elección de las que considere más adecuadas en atención a las circunstancias de cada caso. Es por ello, que algunos autores entienden que se requiere una interpretación extensiva del art. 762 LEC tanto para los procesos de incapacitación por deficiencia o enfermedad física o mental como para los procesos de incapacitación parcial, tales como los supuestos de prodigalidad. Es cierto, que el juez en este tipo de procesos tiene amplios poderes y que puede adoptar cualquier tipo de medida cautelar[186] que tenga por finalidad "cuidar la persona y el patrimonio del presunto incapaz". Es por ello, que en relación a las medidas cautelares de carácter patrimonial, el juez podrá decretar, el embargo preventivo de bienes, (algo con lo que la doctrina no está totalmente de acuerdo) o la intervención y administrador del patrimonio del presunto incapaz regulado en el art. 299 bis CC, también cabe que se acuerde el depósito de bienes muebles debiendo ir acompañada tal medida del nombramiento de un depositario.

Es posible también la petición de la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad[187], en este sentido, PARDO NUÑEZ, establece lo ya reiterado que no es más que decir que, estas anotaciones registrales irían en detrimento de los

---

[185] VALLS GOMBAU, José Francisco, *Las medidas cautelares y los recursos…*op.cit., nº pág. 164. Estas medidas cautelares, hasta la entrada en vigor de la LEC del año 2000 estaban reguladas en el art. 1428 de la LEC de 1881 su aplicación tenía por finalidad modificar el cambio de control de una empresa en los casos en que nos encontrásemos frente a medidas cautelares de intervención judicial de bienes productivos.

[186] Las únicas medidas que no van a poder ser adoptadas en este tipo de procedimientos son las de los apartados 9º y 10º del art. 727 de la LEC, aunque otros autores si permiten aplicar los embargos preventivos como posibles medidas cautelares del proceso de incapacitación.

[187] PARDO NUÑEZ, Celestino, *Anotaciones judiciales de embargo y demanda.* Madrid. 1997, nº pág. 17.

derechos que puedan adquirir terceros de buena fe ya que la anotación preventiva de demanda, evita que el fallo devenga inútil porque de poco serviría al vencedor iniciar un nuevo proceso contra el tercero adquirente de buena fe mientras se ventilaba el primer juicio. Es posible también, anotar de manera preventiva la demanda donde el demandado tenga inmuebles así como el bloqueo de cuentas corrientes con la finalidad de evitar su expoliación por terceras personas pudiendo ser el bloqueo total o limitarse a determinados movimientos.

8.8.Medidas cautelares inespecíficas. Herencia de las anteriores medidas cautelares denominadas "innominadas".

Esta posibilidad se contempla en el apartado 11 del art. 727 LEC, es una cláusula final que permite la adopción de cualquier otra medida cautelar diferente de las que hemos mencionado y que para LORCA NAVARRETE[188], no es más que un indigno colofón a un precepto que termina abdicando de los cometidos que deseaba acotar. Así pues, podemos afirmar que las medidas cautelares no son un "numerus clausus" sino que estamos ante un sistema abierto que no se limita a las medidas cautelares reguladas específicamente, es decir, las que podríamos llamar medidas cautelares típicas.

Será el demandante quien deberá determinar el tipo de medida cautelar que quiere que se adopte y evidentemente motivar tal necesidad. En especial deberá acreditar que esta medida que solicita no puede ser sustituida por otra igual de eficaz pero menos gravosa lo que, como ya sabemos, constituye una de las notas que caracterizan al régimen general de las medidas cautelares.

El art. 698 LEC regula un tipo de medida cautelar inespecífica al establecer que "*cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, se ventilarán en el juicio que corresponda*". Prosigue diciendo que "*podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, deba entregarse al acreedor*".

En el amplísimo estudio de las medidas cautelares innominadas, también conocido como inespecíficas, llevado a cabo por ÁNGELES JOVÉ[189], comienza analizando un precepto introducido por primera vez en la LEC de 1881 que significó

---

[188] LORCA NAVARRETE, Antonio María, *De las medidas cautelares*…op.cit., nº pág. 3849.

[189] ÁNGELES JOVÉ MARÍA, *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil. J.M BOSCH EDITOR, S.A.* Barcelona, 1995, nº pág. 18 y 99. En relación con el contenido que debe dársele a estas medidas cautelares innominadas, no hay una unificación de posiciones sino que, unos atores se inclinan por un contenido clásico de mero aseguramiento de la ejecución y otros conceden al amparo del art. 1428 una tutela judicial efectiva que se adapte a las exigencias que vivimos y que dé lugar a efectos anticipatorios y satisfactorios.

una nueva tutela cautelar atípica y en cierto modo indeterminada. Este precepto fue el art. 1428 que no preveía una lista de cautelas determinadas. Tampoco podemos ampararnos en ideas de carácter jurisprudencial sobre esta materia dado que las mismas no han podido llevarse a cabo por razones cuantitativas lo que imposibilitó poder deducir principios generales. Es la doctrina quien estableció unas pautas aplicables a estas medidas cautelares pero aun con ello existe una clara división doctrinal a la hora de delimitar el contenido de las mismas.

En nuestro sistema, las medidas innominadas, se conciben como medidas preventivas de naturaleza cautelar cuyo contenido en la ley no está expresamente determinado, surgen a consecuencia del poder cautelar general del juez que, a solicitud de parte puede decretar y ejecutar siempre que las considere necesarias o cuando sean pertinentes atendiendo a su prudente arbitrio, todo ello para evitar un daño o una lesión irreparable. Estas medidas pretenden consistir en intimaciones, órdenes, prohibiciones, etc.

Desde el nacimiento de la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1830 se fueron configurando las primeras características de las medidas cautelares quedando vinculada la tutela cautelar a la tutela ejecutiva pues se requería uno de los títulos que llevasen aparejada la ejecución, por lo tanto podemos ver el carácter homogéneo de las medidas cautelares con las ejecutivas. No podemos olvidar que la tutela cautelar estuvo centrada muchos años en una concreta medida, el embargo preventivo y que se concebía solamente en función de los procedimientos ejecutivos, lo que comenzó a ser discutido por la doctrina y se fue abandonando en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, siendo la Ley de 1881 la que permitió adoptar esta medida cautelar de embargo preventivo y las nuevas medidas cautelares en la generalidad de los juicios declarativos.

Por lo tanto la importancia de la LEC de 1881 se puede observar tanto desde el punto de vista de la posibilidad de adoptar la medida cautelar de embargo preventivo, como desde el punto de vista del art. 1428 que ya en la LEC de 1881 acogió una expresión que es la clave principal para resolver gran parte de la problemática que plantea la disposición. Así el precepto establece que el órgano jurisdiccional podrá adoptar las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en juicio recayere.

9. Falsas medidas cautelares.

Dentro de este apartado al que hemos denominado “falsas medidas cautelares” encontramos tres tipos de situaciones que no pudiendo concebirse como verdaderas medidas cautelares sirven para aplicarse en determinados supuestos específicos, éstas son denominadas medidas provisionales y son las siguientes:

9.1. Medidas adoptadas en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio.

En el proceso matrimonial, ya sea contencioso, ya sea consensual, a diferencia de lo que ocurre en la generalidad de los procesos civiles en donde aparece de manera clara el principio dispositivo[190], la admisión de los hechos, no comporta la automática fijación de los mismos.

La interposición de la demanda de separación y divorcio se encuentra condicionada por un lado al transcurso del plazo de 3 meses desde la celebración del matrimonio hasta el inicio del proceso, y por otro, a la presentación de la certificación de la inscripción del matrimonio, y la certificación de la inscripción del nacimiento de los hijos en el Registro Civil así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho. Por su parte, la presentación de nulidad del matrimonio requiere la acreditación de los elementos fácticos que fundamentan esa nulidad, "relación de hechos y títulos jurídicos constitutivos de la pretensión de nulidad".

En el contenido de la demanda matrimonial además de contenerse esa solicitud de separación o divorcio, deberán insertarse también las demás pretensiones relativas a la solicitud de adopción de medidas personales y patrimoniales con carácter provisional o, en su caso, pretensiones de modificación de las medidas que hubieren sido adoptadas en un proceso anterior.

Me gustaría hacer alusión a la entrada en vigor de la ley 1/2004 de Medidas de Protección Integral Contra La Violencia De Género que establece que en los procedimientos civiles en los que el juez evidencia determinadas conductas que requieran de sanción a través del ámbito penal, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, emplazando a las partes para una comparecencia con éste en un plazo de 24 horas, la entrada en vigor de esta Ley Orgánica adiciona un artículo 87 ter a la LOPJ que recalca que en éste ámbito la competencia pertenece a los Juzgados de Violencia sobre la mujer. Esta competencia se entenderá otorgada cuando se cumpla con los requisitos que el art. 87 ter en su apartado 3 establece, es decir, que estemos ante alguno de los procedimientos declarados no dispositivos, que alguna de las partes del proceso sea una víctima de violencia de género y que otra de las partes sea imputado como autor de un delito de violencia de género, etc. Es importante también hacer mención a lo establecido por MALLANDRICH MIRET[191], según esta autora, en los

---

[190] El principio dispositivo rige en aquellos procesos en los que los bienes o derechos que son objeto del mismo son de carácter disponible para las partes, lo cual engloba todo el derecho civil patrimonial con determinadas excepciones.

[191] MALLANDRICH MIRET, Nuria, *El tratamiento procesal de las medidas cautelares civiles en caso de violencia de género, Justicia. Revista de derecho procesal.* 2012, nº 1, nº pág. 440. Aunque la autora se refiere a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, también hace mención a la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues aunque afirma el carácter provisional de ésta medida deja clara la posibilidad existente de aplicar de manera subsidiaria las mismas disposiciones que el régimen general, es decir, los arts. 731 y ss. LEC.

casos de violencia de género el ordenamiento jurídico regula en diversos cuerpos legales la posibilidad de adoptar medidas provisionales en un proceso civil, pudiendo observarse un tratamiento especial. Estas medidas que pueden ser adoptadas son las reguladas en el art. 544 ter de la LECrim.

En este tipo de procesos de separación o divorcio, cabe adoptar medidas provisionales que tendrán lugar antes o durante el proceso matrimonial y medidas definitivas al finalizar el mismo, la diferencia es importante porque la premisa genérica es la que establece que la competencia corresponderá en materia de medidas provisionales o definitivas al tribunal que esté conociendo del proceso de separación o divorcio. No obstante, cuando las medidas sean de carácter previo, será competente a tenor de lo que dicta el art. 771.1.1 LEC el tribunal del domicilio del solicitante. El cónyuge que interpone la demanda de divorcio o separación podrá pedir la adopción de las medidas provisionales que crea oportunas siempre que las mismas no hayan sido adoptadas con anterioridad, en caso de que nos encontremos ante un procedimiento voluntario, podrán los cónyuges presentar ante el tribunal los acuerdos a los que hubiesen podido llegar y también se permite realizar la petición de medidas provisionales por el cónyuge demandado siempre que no hayan sido adoptadas con anterioridad y no las hubiere pedido el actor.

Comienzo haciendo alusión al art. 771.5 LEC éste, regula las medidas provisionales que pueden ser solicitadas en el momento anterior a la demanda, establece la posibilidad de peticionar como medidas provisionales las recogidas en los arts. 102[192] y 103 CC.

El art. 771 LEC, se refiere al procedimiento para su adopción, no se requiere la representación de procurador ni la asistencia de abogado para la formulación de la solicitud aunque tal y como pone de manifiesto MONSERRAT MOLINA[193] si se requerirá tal representación con carácter posterior.

Corresponde al LAJ citar a los cónyuges en los siguientes 10 días y en caso de que haya hijos menores o incapacitados al Ministerio Fiscal a fin de intentar llegar a un acuerdo, "*de esta resolución dará cuenta en el mismo día al Tribunal para que pueda acordar de inmediato si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el art. 102 CC y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y*

---

[192] Téngase en cuenta que las medidas recogidas en este art. 102 CC tienen un efecto automático que derivará de la mera admisión de la demanda.

[193] MONSERRAT MOLINA, Pedro Eugenio, *El procedimiento de medidas provisionales previas a la interposición de la demanda del artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las medidas provisionales previas a la interposición de la demanda, práctica de tribunales.* 2005, nº 13, nº pág. 30, reitera que no es necesaria ni la asistencia de abogado y la representación de procurador, pero tal y como establece el art. 771 de la "**Ley de Ritos**", si es indispensable para todo escrito y actuación procesal posterior.

uso de la vivienda y ajuar familiares", en caso de que en la comparecencia no se llegue a acuerdo, se oirán las alegaciones de las partes y se practicará, en su caso, la prueba.

Finalmente el Tribunal dictará auto a los 3 días de la finalización de la comparecencia. Atendiendo a todo esto, me gustaría traer a colación el art. 102 CC que establece la posibilidad por un lado de que los cónyuges vivan separados y por otro la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

En segundo lugar cabe también la posibilidad de solicitar medidas provisionales en el momento de interposición de la demanda y estas son las que vienen reguladas en el art. 103 CC[194], es interesante el AJPI de Madrid de 1 de junio de 2004 F.J 1º y 2º (JUR2004/315962) por el que se acuerda la adopción de medidas cautelares del art. 103 CC.

Este artículo regula las posibles medidas relativas a ; decidir con que cónyuge se queda el hijo o hijos, así como el régimen de mantenimiento, comunicación y visitas por el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia, determinar que cónyuge sigue disfrutando de la vivienda familiar y decidir previo inventario el destino del ajuar, determinar las cantidades que han de aportar cada cónyuge en relación con las cargas del matrimonio, señalar los bienes gananciales y fijar las reglas sobre administración, disposición y rendición de cuentas, decidir el régimen de administración y disposición de los bienes privativos que, por capitulaciones o escritura pública, estuvieran afectados a las cargas del matrimonio.

Todas estas medidas a las que acabo de hacer alusión podrán adoptarse bien confirmando o modificando las ya existentes en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto por el art. 772 LEC, artículo que es comentado por MONSERRAT MOLINA[195] en su obra, y donde señala también que, en caso de que el tribunal

---

[194]AJPI nº 149/2004 de Madrid de 1 de junio de 2004 F.J 1º y 2º (JUR 2004/315962), el recurso de apelación solicita la "revocación del auto dictado por el órgano a quo y, en su lugar, se dicte otro dejando sin efecto la orden de prohibición de salida del territorio", alegando para ello que "el órgano a quo se ha basado en meras sospechas, que la facultad de fijar la residencia de la menos fuera del territorio nacional se enmarca en el derecho de custodia y que los arts. 103 y 158 CC contemplan la posibilidad de prohibir la salida del menor del territorio nacional siempre que exista un riesgo de sustracción por alguno de sus progenitores".

Etas alegaciones quedan desestimadas sobre la base siguiente "la función de custodia atribuida a uno de los progenitores, máxime cuando, conforme a los dicho, es compartida en fines de semana y períodos vacacionales, con el otro procreador, no conlleva una facultad de decisión omnímoda respecto de la común descendiente, hasta el punto de, cual en el caso se pretende, poder fijar libremente la residencia del menor, pues ello daría lugar a la vulneración de los derechos del otro padre", por lo tanto podemos ver como en este tipo de procesos la adopción de una medida provisional guarda una finalidad específica, al igual que lo que ocurre en el régimen general, solo que en este caso.

[195] MONSERRAT MOLINA, Pedro Eugenio, *El artículo 722 de la Ley de Enjuiciamiento civil, las medidas provisionales…*op.cit., nº pág. 34, ¿**qué sucede si tramitándose el procedimiento de medidas previas a la interposición de la demanda y antes de que dicte auto resolviendo el procedimiento se**

considere que procede completar o modificar las medidas previamente acordadas deberá convocar a las partes a una comparecencia con arreglo a lo dispuesto en el art. 771 LEC al que ya hice hicimos mención anteriormente.

9.2. Medidas en los procedimientos monitorios.

Como una auténtica novedad se puede calificar la regulación del proceso monitorio en la LEC[196]. Fuera del texto articulado, en las disposiciones finales de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil se recogen diversos ejemplos de medidas cautelares específicas que se mantienen en las leyes especiales, al modificar la redacción de alguno de sus artículos. Concretamente, el embargo preventivo en el proceso monitorio está regulado en el art 21 de la Ley de Propiedad Horizontal en caso de oposición.

El proceso monitorio es aquel que surge para dirimir conflictos de manera ágil en los que no existe contradicción, es un procedimiento **rápido y sencillo** que tiene por finalidad conceder al demandante un título ejecutivo cuando el demandado no se opone formalmente a la demanda, se aplica a los casos de impagos y es un proceso documental donde se debe acreditar la deuda mediante documentos.

BOTELLA SORIA[197], hace referencia a los títulos de ejecución que encontramos a lo largo de la ley que son los siguientes:

- Las sentencias firmes de condena, solo son ejecutables las firmes, en ningún caso las definitivas estas solo pueden ser ejecutadas provisionalmente.

- Laudos o resoluciones arbitrales, se asemejan a las sentencias firmes de condena y se ejecutan igual.

---

impone por cualquiera de las partes la demanda principal?, dice este autor que, haciendo una interpretación "sensu contrario" de lo que establece este artículo se ha de entender que las medidas provisionales previas a la interposición a la demanda se archivarían pudiendo, si coincide la parte solicitante de las medidas previas a la demandada con el demandante en el procedimiento principal pedir en la demanda las medidas provisionales a adoptar y en caso de que el solicitante coincida con la parte demandada en el procedimiento principal, podrá pedir las medidas provisionales con la contestación de la demanda.

[196] Uno de los informes llevados a cabo por el CGPJ indicaba que: sin duda una de las más novedosas aportaciones del Anteproyecto en el ámbito de los procedimientos especiales es la incorporación a nuestro ordenamiento del denominado procedimiento monitorio que se recoge junto con el proceso cambiario, en el título III del Libro IV, concretamente en el título I.

[197] BOTELLA SORIA, Enrique Javier, *Esquemas procesales, el embargo de bienes del deudor, práctica de tribunales,* 2004, nº 9, nº pág. 31. Este autor dicta que, sólo se pueden ejecutar las sentencias de condena, no las meramente declarativas, ni las constitutivas. Las constitutivas se ejecutan mediante su inscripción en los Registros Públicos aunque si pueden ejecutarse las disposiciones de condena que puedan contener, por ejemplo, medidas patrimoniales y personales en una sentencia de divorcio.

- Resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales o acuerdos obtenidos en el proceso, son resoluciones que ponen fin al proceso sin sentencia.

- Auto de cuantía máxima, son dictadas por los jueces en los procesos penales por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de los Vehículos a Motor.

- Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial.

- Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga.

- Los títulos al portador o nominativos legítimamente emitidos que representen obligaciones vencidas y los cupones vencidos de dichos títulos.

- Otras resoluciones judiciales que conforme a la ley lleven aparejada la ejecución.

Para explicar o intentar aclarar si en relación con el proceso monitorio cabe o no la adopción de medidas cautelares voy a referirme a lo establecido por el TC.

El TC ha considerado "que las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia". Este concepto de eficacia ha sido aclarado por autores como ASENCIO MELLADO[198] que han entendido que la eficacia no se alcanza únicamente a través de una ejecución forzosa que garantice el cumplimiento de las resoluciones susceptibles de ello, realiza una crítica a la automaticidad de la prestación de caución que es lo que se presenta como un obstáculo cierto a la efectividad del derecho del actor.

La posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso monitorio es una cuestión novedosa y controvertida. Una parte de la doctrina entiende que no cabría aplicar las medidas cautelares en el proceso monitorio alegando por un lado, la brevedad del propio proceso monitorio que debilita el presupuesto del "periculum in mora", por otro, hacen referencia también a que en los arts. 721 y 726 LEC se condiciona la adopción de cualquier medida cautelar a hacer posible la efectividad de la tutela que se contenga en una **sentencia estimatoria**, y defienden que en el proceso monitorio no

[198] ASENCIO MELLADO, José María, "Medidas cautelares y eficacia de la justicia", *Práctica de tribunales. Revista de derecho procesal civil y mercantil.* 2004, nº 10, nº pág. 2.

existe sentencia alguna, también hacen referencia a la accesoriedad de la medida cautelar que hace que ésta deba alzarse cuando el proceso finaliza y finalmente se refieren a la dificultad de proveer a la contradicción que el art. 733 LEC exige antes de la adopción de toda medida cautelar.

Por el contrario, existen otra serie de argumentos que posibilitarían su adopción entre los que encontramos, primero que, el tiempo en el que el monitorio está pendiente, esto es, el periodo que constituiría el "periculum in mora", puede sobrepasar los 20 días y resultaría más que suficiente para frustrar la tutela solicitada por el actor, se defiende que la medida cautelar sirve para garantizar la actividad de ejecución que el actor persigue y también se alude a la posibilidad de adoptar medidas cautelares con anterioridad a la oposición del deudor por cuanto el propio requerimiento de pago puede convertirse en un aviso a éste.

Como argumentos favorables a la adopción de medidas cautelares con anterioridad a la oposición del demandado en el proceso monitorio, en concreto el embargo preventivo, algunos autores argumentan que en la tramitación de la actual ley se ha omitido la referencia contenida en el art. 811 del Borrador que establecía que podía instarse la medida preventiva a partir del momento en el que el deudor formulase oposición al mandato de pago, de lo que se desprende que la voluntad de legislador fue, con su eliminación, permitir que el embargo preventivo pudiera solicitarse desde el principio.

Por los autores que mantienen la tesis favorable a la adopción de medidas cautelares en el proceso monitorio se sostiene que, una vez formulada oposición, si el juicio que corresponde es el verbal, el juez procede de inmediato a convocar la vista, de por lo tanto, si la medida cautelar solo pudiera solicitarse con la demanda de juicio ordinario o verbal, no quedaría fijado un momento concreto a partir del cual se pudiera solicitar el embargo preventivo distinto de la presentación de la petición inicial.

Para concluir, me gustaría decir que diversas audiencias siguiendo criterios nacidos en la Audiencia Provincial de Zaragoza, abordan la cuestión controvertida concluyendo que, existe la posibilidad de solicitar medidas cautelares en el proceso monitorio, destacando la naturaleza jurídica del proceso monitorio, al que califica de declarativo, sosteniendo que el proceso monitorio, no parte de un título ejecutivo sino que tiende a crearlo, puesto que surge con la "no oposición del demandado y que como tal proceso declarativo, no posee ningún privilegio especial respecto a los juicios declarativos (ordinario y verbal) en la primera fase de su desarrollo, en atención a todo lo expuesto solo puede concluirse que nada impide que en este proceso especial se adopten medidas cautelares, puesto que ni la ley lo prohíbe ni resultan incompatibles con la naturaleza de dicho procedimiento.

Por lo tanto, debo afirmar la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso monitorio que como ya hemos visto es algo discutido por la doctrina, no

obstante, creo que la adopción de este tipo de medidas en este tipo de procesos es favorable y me parece que deja entre ver aún más si cabe esa simplificación procedimental que va a permitir una tarea más sencilla tanto para los operadores de la justicia como para los sujetos que van a poder ver cumplidas sus peticiones en un tiempo más corto y no dejando de lado las demás posibilidades que la nueva LEC les ofrece que son las relativas las medidas cautelares (presupuestos y requisitos), se unifica la rapidez y la sencillez, algo que denota la importante labor de codificación y la necesidad de la misma que ya se abordaba desde 1881.

9.3. Medidas adoptadas en los juicios cambiarios.

El proceso cambiario, denominado juicio ejecutivo en la LEC de 1881[199], está regulado en los arts. 819 y ss. LEC[200], es un proceso declarativo especial que se dedica a las reclamaciones de deudas recogidas en letras de cambio, pagarés o cheques. El art. 820 LEC determina que la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado, hay que hacer alusión al artículo 23 de esta misma Ley que se refiere a la postulación así como al art. 31.1 que regula la necesidad de intervención de abogado y procurador en el proceso cambiario.

El procedimiento se inicia mediante la presentación de una demanda sucinta acompañada del título cambiario, tras examinar si se cumplen o no los requisitos se dita auto por el cual se requiere al deudor para que pague en el plazo de 10 días o se ordena el inmediato embargo preventivo de los bienes del deudor por la cantidad que figure en el título ejecutivo, más otra para intereses de demora, gastos y costas[201], el embargo ha de ser inmediato no se dirige directamente a realizar acciones ejecutivas, ello tendrá lugar posteriormente si el deudor se niega a pagar.

---

[199] Era tradicional la división entre, por un lado, un sector de la doctrina que consideraba al juicio ejecutivo como un auténtico proceso de ejecución, siendo los títulos de ejecución los documentos a que se refiere el art. 1429 de la LEC de 1881, y por otro lado, un sector radicalmente contrario a la anterior opinión que consideraban a dicho juicio ejecutivo como un proceso declarativo especial y sumario.

[200] La referencia a la legislación anterior en lo relativo al juicio cambiario debe entenderse hecha al juicio ejecutivo. El juicio ejecutivo servía para amparar créditos reflejados en diversos títulos o documentos y tal y como establecía el apartado 4º de la LEC de 1881, también para poder hacer valer la acción ejecutiva de los títulos consistentes en letras de cambio, pagarés y cheques en los términos previstos en la Ley Cambiaria y de Cheque.

[201] En este punto, hubo discrepancias doctrinales por no saber si el embargo inmediato debía decretarse una vez que habían pasado esos 10 días o en el mismo momento de la presentación de esa demanda sucinta, algo que dejó claro la jurisprudencia determinando que el carácter es inmediato, es decir, desde la misma presentación de la demanda. Ello se fundamentó en la finalidad esencial perseguida por las medidas cautelares la cual es garantizar el cumplimiento de una posible sentencia condenatoria, y ese plazo de 10 días que se le otorga al demandado para que realice el pago de su deuda, podría ser suficiente para modificar su situación y para que el demandante pueda no ver cumplida su pretensión en un futuro si ésta, es condenatoria.

Según establece ROBLES GARZÓN[202] en su obra, las diferencias existentes entre este embargo preventivo y las normas generales sobre el mismo son las siguientes: en primer lugar el tribunal decreta el embargo de oficio sin necesidad de que nadie lo solicite, en este sentido, podría concebirse como uno de los efectos producidos por la interposición de la demanda. En segundo lugar, este embargo se decreta sin necesidad de caución porque no es una medida cautelar lo que lo equipara a un embargo ejecutivo, aunque estamos ante un proceso declarativo en el que se adopta un embargo cautelar. En tercer lugar se adopta sin necesidad de audiencia al demandado y en cuarto y último lugar, la oposición al embargo es limitada.

Cabe traer a colación la Exposición de Motivos de la LEC que recalca que "*la eficaz protección del crédito cambiario queda arropada por el inmediato embargo que se convierte automáticamente en ejecutivo si el deudor no formula oposición o si esta es desestimada*", cabe que no haya oposición por realizarse el pago o por haber transcurrido el plazo legal sin oposición, esto vienen regulado en el art. 825 y 823 LEC.

Por otro lado, cabe que haya oposición la cual deberá formulare en el plazo de 10 días y alegando alguno de los motivos que a este respecto están determinados expresamente en la norma y que son; relaciones personales con el tenedor ejecutante, inexistencia o falta de validez de su declaración cambiaria, falta de legitimación del tenedor, falta de las formalidades necesarias a la letra de cambio y extinción del crédito.

Para continuar con mi estudio acerca de la adopción de embargo en el juicio cambiario, me gustaría hacer alusión a la revista titulada; *Crédito cambiario y tutela judicial, Revista de Derecho Bancario, parte Artículos Doctrinales.* 2006, nº 101/2006, nº pág. 13.

Según ésta, en el documento cambiario, se consigna una deuda y es en este punto en el que surge la duda de si el tenedor de la letra de cambio, cheque o pagaré, puede solicitar la tutela judicial de su crédito a través del nuevo proceso monitorio del que ya hemos tenido ocasión de hablar, frente a esto, grandes son las discrepancias doctrinales entre quienes consideran que el acreedor cambiario si podría acudir al proceso monitorio para reclamar su deuda y quienes, en contra, consideran que el acreedor cambiario no podrá acudir al proceso cambiario para reclamar su deuda, no obstante, lo que debemos tener presente es que, el art. 49 de la Ley cambial concede al tenedor la posibilidad de ejercitar la acción cambiaria a través de la vía ordinaria, es decir, a través de cualquiera de los procesos ordinarios regulados en la ley.

El demandante, puede solicitar el embargo de los bienes del deudor, mediante una medida cautelar, la diferencia radica en que esta solicitud en el procedimiento cambiario le otorga una serie de beneficios al acreedor porque el embargo que aquí se practica es

---

[202] ROBLES GARZÓN, Juan Antonio, *Tutela privilegiada del crédito…*op.cit., nº pág. 489.

ejecutivo y el solicitado en un proceso monitorio tiene la naturaleza preventiva por solicitarse como una verdadera medida cautelar, además en el juicio cambiario, el juez de oficio y de manera obligatoria es quien debe decretar el embargo, que como ya hemos visto antes, lo hará de manera inmediata siempre que, el título sea válido algo que dista mucho de lo que ocurre en el proceso monitorio en donde se deberá solicitar con la interposición a la demanda o con carácter anterior esa medida cautelar de embargo.

Otra de las diferencias que encontramos, es que, en el proceso cambiario, tal medida se adoptará sin necesidad de probar que concurren los presupuestos procesales necesarios para la adopción de las medidas cautelares aunque lo que se vaya a adoptar sea una verdadera medida cautelar mientras que, en el proceso monitorio ha de acreditarse la existencia de los mismos para que el órgano pueda adoptar cualquiera de las medidas cautelares de las que ya hemos hablado.

En el proceso monitorio una de las cuestiones que debemos tener presentes es que, se debe permitir al deudor oponerse a las medidas cautelares y ello es lo marca la gran diferencia con el proceso cambiario dado que en éste último, el embargo solo podrá ser evitado en caso de que se abone la deuda debida.

10. Conclusiones.

<u>CONCLUSIÓN PRIMERA</u>: **Legislación vigente**.- Las medidas con finalidad cautelar de la LEC de 1881 eran definidas por autores como CALAMANDREI como el mecanismo que operaba en la vida de las relaciones humanas en forma de conseguir, prescindiendo de la voluntad del obligado, el mismo resultado práctico o un resultado equivalente al que se habría obtenido si la norma jurídica hubiera sido observada voluntariamente. Esta idea sería plasmada en la redacción de la nueva LEC con el objeto de conseguir que las medidas cautelares no perdiesen esa finalidad.

La LEC del año 2000 introdujo esa idea y la desarrolló de manera más específica, instaurando un sistema que verdaderamente protegería los derechos de los litigantes y que garantizaría el cumplimiento del art. 24 de la constitución referido a la tutela judicial efectiva a la que tienen derecho "todos".

Sin duda alguna, la principal característica de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil es la simplificación procedimental, en la vigente LEC, se estableció un régimen general común y un único procedimiento para las medidas cautelares.

<u>CONCLUSIÓN SEGUNDA</u>: **Relativo a la finalidad.-** Los artículos 721.1 y 726.1.1º de la LEC reiteran que las mismas deben de ser adoptadas por la autoridad judicial competente para ello.

La jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en STS nº 12/2000 de 22 de Enero del 2000, F.J 4º (RJ 2000/60), ha aclarado que las medidas cautelares "tienen como finalidad proteger el derecho de los interesados con carácter preventivo para evitar el daño que pudiera producirse durante la tramitación del proceso".

La adopción de estas medidas, se rige por el principio dispositivo debido a que se exige instancia de parte para la adopción de medidas cautelares y de aportación de parte, no obstante, existen como en casi todos los campos del derecho excepciones a la regla general, en este sentido, podemos traer a colación el art. 721.2 LEC que regula la adopción de oficio de medidas cautelares en los procesos especiales en que así se dispusiere.

La importancia de la tutela cautelar no ha hecho más que crecer con el tiempo. Así se ha visto en relación con los casos de "litigación en masa" que en los últimos años hemos vivido, como el caso de las "cláusulas suelo". En este ámbito y en relación con la finalidad de las medidas cautelares se declara en la STS nº 40/2016 de 23 de Febrero de 2016 F.J 3º (JUR 2016/62576), que "la medida cautelar que se combate tiene por finalidad asegurar la efectividad del pronunciamiento declarativo de nulidad de la cláusula suelo, no la pretensión de condena a la devolución de prestaciones y se funda, en la posibilidad de que la vigencia de la cláusula discutida unida a la duración del proceso, puede causar a los actores perjuicios no evaluables ni compensables

económicamente pero de tal entidad que conlleven a la inutilidad de la sentencia estimatoria, es decir, la pervivencia de la cláusula durante el proceso puede dar lugar a la imposibilidad para los actores de hacer frente al pago de la cuota del préstamo garantizado por hipoteca".

<u>CONCLUSIÓN TERCERA</u>: ¿Qué posición ocupa la tutela cautelar dentro de nuestra Constitución? ¿Cuáles son los caracteres que la definen?- Frente a la ardua discusión inicial sobre cómo debía denominarse a este tipo de medidas, no puedo dejar de hacer alusión a la compleja cuestión abordada por el Tribunal Constitucional. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha determinado en STS nº 237/1991 de 12 de diciembre de 2001 F.J 1º (RTC 1991/237) que, aunque el derecho a las medidas cautelares no venga consagrado de manera expresa en el texto constitucional, se halla implícito en el derecho a la tutela judicial efectiva , no obstante, cuestión diferente es el derecho fundamental a la tutela judicial cautelar, derecho que no acaba de ver implícito en el contenido esencial a la tutela judicial efectiva aunque sea cierto, que acepta una conexión entre tutela cautelar y el art. 24 CE.

Tampoco puedo dejar de lado la idea de que, si este derecho se reconoce a todos, ello lleva implícito su aplicación tanto a personas físicas como jurídicas ya sean de derecho público o de derecho privado.

Hay que tener en cuenta que las medidas cautelares se crean con una finalidad y con una funcionalidad específica, por ello es interesante saber que las mismas se caracterizan por ser instrumentales respecto del proceso principal (ese proceso en el que se esgrime tal pretensión), que son limitadas en el tiempo, como ya expuse. No deja de ser una injerencia en el patrimonio del sujeto, por lo tanto, no podemos permitir que esa situación se mantenga de por vida, porque sería atentatorio contra los derechos del demandado.

Son también medidas de carácter proporcional. ASENCIO MELLADO, resalta la posibilidad que otorgan los artículos 746 y 747 LEC en los que se regula la posibilidad de autorizar el alzamiento de las medidas cautelares y de ser sustituidas en su caso por una caución y ello sobre la base de que las medidas cautelares deben crear el menor daño posible y finalmente, se definen por su provisionalidad, ello desde la base de que existen paralelamente al proceso principal y se extinguen con la declaración de una sentencia firme.

<u>CONCLUSIÓN CUARTA</u>: Presupuestos necesarios.- Como ya dije al principio de este epígrafe, el régimen de las medidas cautelares ha ido variando a lo largo del tiempo. Junto con esa simplificación procedimental se instaura un régimen de requisitos necesarios para que las mismas puedan ser adoptadas.

No será posible una aplicación automática de las medidas cautelares por el mero deseo de su peticionario, sino que para que alguien vea cumplida su pretensión, primero

debe probar tanto la existencia del derecho que reclamaba como el peligro que podría sufrir su pretensión de no verse cumplida la petición para la adopción de las medidas cautelares.

Por lo tanto, para que pueda adoptarse una medida cautelar es necesario que se pruebe un determinado derecho y un determinado peligro, esto se conoce como "fumus boni iuris" y "periculum in mora". El primero tiene por finalidad que el sujeto peticionario de la adopción de las medidas pruebe de manera indiciaria que el derecho que solicita le pertenece. El segundo, intenta hacer ver al órgano sentenciador que, de no adoptarse esa medida, su pretensión aunque admitida con posterioridad no va a poder ser cumplida.

Aunque la caución no es en sí mismo uno de los presupuestos que definen a las medidas cautelares no deja de ser un contra derecho defensivo del demandado, el art. 728 LEC dispone 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 causar al patrimonio del demandado"*

Cuestiones discutidas en este trabajo son las relativas a la imparcialidad entre órgano que adopta la medida cautelar y órgano que decide sobre el litigio que como expuse, es el mismo dentro del ámbito procesal. Algunos autores entienden que no puede propugnarse una imparcialidad en el ámbito procesal civil cuando no se impone en el ámbito procesal penal, sin embargo, otros opinan que los derechos aludidos en uno y otro orden no tienen nada que ver, y que por ello puede afirmarse tal imparcialidad. Esta es una cuestión con la que yo no estoy de acuerdo y he querido dejar claro a lo largo de todo mi trabajo, es decir, ¿mediante qué cauces se decide cuáles son los supuestos en los que debe de haber dos jueces? Partimos de una premisa única que propugna que en el orden procesal civil ha de existir esa diferencia entre juez que adopta la medida cautelar y juez sentenciador pero no por ello en el orden procesal penal, pero y eso ¿por qué?

Algo semejante ocurre con las materias reservadas a Ley Orgánica, solo algunos derechos son susceptibles de esa reserva de ley. Esto lleva a que, aquellos que quieren que haya más derechos sometidos a reserva de Ley Orgánica, argumenten que desconocen cuáles son los cauces que se han seguido para determinar que esos derechos y solo esos son los que van a estar sometidos a esa reserva de ley orgánica.

CONCLUSIÓN QUINTA: El procedimiento para su adopción.- El procedimiento de adopción de las medidas cautelares comienza con la determinación del órgano competente para conocer del asunto, el art. 723.1 LEC establece que "*será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal".*

Se presenta un escrito en el que se contengan los requisitos establecidos en el art. 732 LEC, también es necesario la concurrencia de los presupuestos exigidos, de los documentos que acrediten esa justificación o indicar las pruebas de las que se van a valer las partes. Finalmente el ofrecimiento de caución, la forma en la que se presenta y su cuantía. En cuanto a la vista, el art. 734 LEC establece que, el Secretario Judicial (LAJ) mediante diligencia convocará a las partes. A mi juicio estamos ante uno de los procedimientos más simples y sencillos, no se requiere una acreditación exhaustiva sino más bien aparente de los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares, además es un procedimiento que no se extiende en el tiempo y que permite que ambas partes procesales estén protegidas. Cuestión distinta será el objeto de litigio sobre el que recaiga el proceso, pues eso puede tener ya una ardua complejidad, pero en lo relativo a petición y adopción de medidas cautelares creo que estamos ante un sistema espectacular en el que se manifiesta la labor y trabajo exhaustivo del legislador que ha alcanzado unos resultados dignos de elogio.

CONCLUSIÓN SEXTA: Verdaderas medidas cautelares y legado legislativo.- Compilar la tipología de medidas cautelares en media hoja sería imposible.

Por ello, simplemente del estudio que ya he realizado, me gustaría decir lo siguiente. En primer lugar, he realizado una clasificación atendiendo a los tipos de pretensiones que pueden plantearse en un procedimiento, ello me ha llevado a catalogar a las medidas cautelares en; 1) Las medidas cautelares asegurativas de pretensiones mero declarativas o ejecutivas, es decir, aquellas que otorgan publicidad al litigio (cuestión interesante y abordada es el art. 34 LH). 2) Las medidas cautelares para la protección de bienes y derechos de personas en situaciones de riesgo. 3) Las medidas cautelares para el aseguramiento de pretensiones de condena o de condena a dar o entregar algo, e incluso de condena a no hacer. Así mimo quiero hacer mención a la obra de ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN. *Estudio sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales*, que se refiere a ese tipo de pretensiones declarativas y que me ha permitido acabar mi trabajo con mayor éxito.

Finalmente no puedo dejar de mencionar tanto las medidas cautelares para el aseguramiento de créditos en el proceso concursal como aquellas que se definen mediante especificidades, tales como las medidas cautelares en los procesos de incapacitación y paradójicamente las medidas cautelares inespecíficas.

Estas últimas las he querido catalogar como legado de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en tanto que, el art. 1428 de ésta, las denominaba "medidas cautelares innominadas", término que aun no perdurando bajo la nueva LEC y habiendo sido modificado por el de "medidas cautelares inespecíficas" mantiene la finalidad y esencia de aquellas.

. **CONCLUSIÓN SÉPTMA: Falsas medidas cautelares.-** La denominación de éstas se basa en la idea de que aun persiguiendo una similar finalidad que las medidas

cautelares, no pueden ser denominadas de igual manera por no concurrir los mismos requisitos, presupuestos ni supuestos que en las verdaderas medidas cautelares.

Estas son adoptadas tanto en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, como en los procedimientos monitorios y juicios cambiarios que han sufrido importantes reformas recientemente. La posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso monitorio es una cuestión novedosa y controvertida. Una parte de la doctrina entiende que no cabría aplicar las medidas cautelares en el proceso monitorio alegando por un lado, la brevedad del propio proceso monitorio que debilita el presupuesto del "periculum in mora", por otro, hacen referencia también a que en los arts. 721 y 726 LEC se condiciona la adopción de cualquier medida cautelar a hacer posible la efectividad de la tutela que se contenga en una **sentencia estimatoria**, y defienden que en el proceso monitorio no existe sentencia alguna.

Por otro lado, el proceso cambiario, está regulado en los arts. 819 y ss. LEC, es un proceso declarativo especial que se dedica a las reclamaciones de deudas recogidas en letras de cambio, pagarés o cheques. La diferencia que explica por qué estas medidas no pueden denominarse medidas cautelares nos la da ROBLES GARZÓN que establece que las diferencias existentes entre este embargo preventivo y las normas generales sobre el mismo son las siguientes: en primer lugar el tribunal decreta el embargo de oficio sin necesidad de que nadie lo solicite, en este sentido, podría concebirse como uno de los efectos producidos por la interposición de la demanda. En segundo lugar, este embargo se decreta sin necesidad de caución porque no es una medida cautelar lo que lo equipara a un embargo ejecutivo, aunque estamos ante un proceso declarativo en el que se adopta un embargo cautelar. En tercer lugar se adopta sin necesidad de audiencia al demandado y en cuarto y último lugar, la oposición al embargo es limitada.

11. Bibliografía.

ALANÍS SIDRACH DE CARDONA, Antonio López, *Suspensión de acuerdos sociales,* en: MONTALBÁN AVILÉS, Andrés, *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil. Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid, 2004.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *Estudio sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales*. León, 2015.

ÁNGELES JOVÉ MARÍA, *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil. J.M Bosch Editor. S.A.* Barcelona, 1995.

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.

APARICIO AUÑÓN, Eusebio, *De los procesos sobre la capacidad de las personas,* en: LORCA NAVARRETE, Antonio María, GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, etc. *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil. 2ª Edición. Tomo IV. Lex Nova.* Valladolid. 2000.

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", *Práctica de tribunales. Revista de derecho procesal civil y mercantil.* 2004.

BELLIDO PENADES, Rafael "La tutela cautelar de la propiedad industrial, competencia desleal y materias afines. Propuestas para su reforma*", Diario la ley.* 1998.

CACHON CADENAS, Manuel, "Embargos, tercerías y opción de compra", *Justicia.* Nº 2. 1984.

CALAMANDREI, Piero, *Nociones sistemáticas fundamentales,* en: ALSINA, Hugo, COUTURE, Eduardo, VELEZ MARICONDE, Alfredo, SENTIS MELENDO, Santiago, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código,* Buenos Aires, 1973.

CALAZA LÓPEZ, Sonia, *Procesos de familia y división de patrimonios*. BIB 2015/34. *Aranzadi S.A.* 2015.

CALVO VÉRGEZ, Juan, “La adopción de las medidas cautelares en los delitos contra la Hacienda Pública tras la reciente reforma tributaria”, *La Ley.* 2006.

CERRADA MORENO, Manuel, *Incapacitación y procesos sobre capacidad de las personas.* BIB 214/974. *Aranzadi S.A*, 2014.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: “A propósito del Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Toledo de 15 de mayo de 2008”, *Diario de la Ley.* 2008.

DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, “El nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares civiles en el proceso penal”, *La Ley.* 2004.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *la ley 1/2007 de 7 de Enero, de enjuiciamiento civil,* en: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal civil, el proceso de declaración. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.* Madrid, 2000.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales.* Madrid.2000.

ESCALER BASCOMPTE, Ramón, *Medidas cautelares y ejecución. Atelier.* Barcelona. 2013.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Temas del Ordenamiento Procesal. Tomo II. Madrid.1969, nº pág. 943.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso,* en: GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *La nueva Ley Concursal. El Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid.2003.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, “Los tipos de caución, la caución en las medidas cautelares”. *Práctica de tribunales.*2006.

FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón, *El convenio en el concurso de acreedores,* en: GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *La nueva ley concursal. Consejo General del Poder Judicial.*Madrid.2003

GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Parte general. Medidas cautelares y proceso cautelar,* en GARBERÍ LLOBREGAT, José, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María, CASERO LINARES, Luis, *Las medidas cautelares en la nueva ley de enjuiciamiento civil. Doctrina, jurisprudencia y comentarios. Aranzadi.* Navarra, 2004.

GARCÍA MARTÍNEZ, Antonio, *La determinación de la masa pasiva,* en: GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *La nueva Ley Concursal. El Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid. 2003.

GARCÍA MARTÍN, Francisco "La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica Del Poder Judicial", *Diario de La Ley.* 2015

GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *Aspectos procesales de la Ley concursal,* en: GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *La nueva Ley concursal. Consejo General Del Poder Judicial.*Madrid.2003.

LARROSA AMANTE, Miguel Ángel, *Propiedad industrial y medidas cautelares,* en: MONTALBÁN AVILÉS, Andrés, *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil. Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid. 2004

LORCA NAVARRETE, Antonio María, *De las medidas cautelares: disposiciones generales,* en: LORCA NAVARRETE, Antonio María, GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, APARCIO AUÑÓN, Eusebio, etc. *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil. 2ª Edición. Tomo III. Lex Nova.* Valladolid, 2000.

MACÍAS CASTILLO, Agustín: "Medidas cautelares y protección de la propia imagen: la hermana de la princesa y una polémica artificial", *Diario de la Ley.* 2009.

MALLANDRICH MIRET, Nuria, "El tratamiento procesal de las medidas cautelares civiles en caso de violencia de género", *Justicia. Revista de derecho procesal.* Nº 1. 2012.

MARCOS FRANCISCO, Diana, *Medidas cautelares en procesos individuales de consumo suspendidos por litispendencia impropia o prejudicialidad civil. Notas jurisprudenciales. Centro de estudios de consumo.* Valencia. 2015.

MARTÍN PASTOR, José, *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles.* Granada. 1997.

MÉRIDA ABRIL, Carmen, *Las medidas cautelares previas a la declaración de concurso en la nueva legislación concursal,* en: MONTALBÁN AVILÉS, Andrés, *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil,* Madrid, 2004.

MONSERRAT MOLINA, Pedro Eugenio: "La adopción de medidas cautelares en segunda instancia", *Práctica de Tribunales,* número 41, septiembre 2007.

MONSERRAT MOLINA, Pedro Eugenio, "El procedimiento de medidas provisionales previas a la interposición de la demanda del artículo 771 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, las medidas provisionales previas a la interposición de la demanda*". Práctica de Tribunales*. 2005.

MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILLAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil. 7ª Edición. Tirant Lo Blanch.* Valencia, 1997.

MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILLAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil. 9ª Edición. Tirant Lo Blanch.* Valencia, 2000.

MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ *COLOMER*, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILLAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil. 11ª Edición. Tirant Lo Blanch.* Valencia, 2002.

MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILLAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil. 16ª Edición. Tirant Lo Blanch.* Valencia. 2007.

MORENO HELLÍN, José, *Modificación y alzamiento de las medidas cautelares. Caución sustitutoria. Daños y perjuicio,* en: MONTALBÁN AVILÉS, Andrés, *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil. Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid. 2004

ORTELLS RAMOS, Manuel. "Las medidas cautelares*". La Ley.* Madrid, 2000.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles. Iustel.* Madrid. 2006.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, "Acreditación, valoración, determinación y prestación de la caución", *Diario La Ley.* 2010.

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

PARDO NUÑEZ, Celestino, *Anotaciones judiciales de embargo preventivo. Marcial Pons.* Madrid. 1997.

PARDO NUÑEZ, Celestino, *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*. Madrid. 1997

PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *La tutela cautelar en la ley de enjuiciamiento civil,* en: VALLS GOMBAU, José Francisco, *Las medidas cautelares y los recursos. Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid. 2000

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

PICÓ I JUNOY, Joan, "De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas, ¿un avance del derecho procesal?", *Justicia,* 2001.

PÉREZ LÓPEZ, Eduardo, *Recurso de apelación y recurso de queja,* en: VALLS GOMBAU, José Francisco, *Las medidas cautelares y los recursos. Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid. 2000.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco, "Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil", *Justicia.* 1985.

RAMOS TORRE, Javier, *La administración concursal,* en: GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *La nueva Ley Concursal. El Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid. 2003

RIFÁ SOLER, José María, *Requisitos de las medidas cautelares. Modificación y alzamiento de las cautelas,* en: VALLS GAMBOU, José Francisco, *Las medidas cautelares y los recursos. El Consejo General Del Poder Judicial.*Madrid.2000.

ROBLES GARZÓN, Juan Antonio, *Tutela privilegiada del crédito. Proceso monitorio. Juicio cambiario,* en: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio, MONTES REYES, Amalia, MOLINA CABALLERO, M.ª Jesús, etc. *Conceptos básicos de derecho procesal civil,* Madrid, 2008.

RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Soledad, C*onsignaciones típicas o solutorias y atípicas o cautelares, informe de jurisprudencia, apuntes sobre la consignación judicial.* 2008.

SÁNCHEZ BARRIOS, Inmaculada, "La acción como derecho a la tutela judicial efectiva". *Justicia.* 2010.

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

VALLS GOMBAU, José Francisco, *Las medidas cautelares y los recursos. Consejo General del Poder Judicial.* Madrid, 2000.

VIGUER SOLER, Pedro-Luis, *La masa activa: determinación y acciones de reintegración*, en: GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *La nueva Ley Concursal. El Consejo General Del Poder Judicial.* Madrid.2003.

12. Jurisprudencia en relación con las medidas cautelares.

- **Sentencias del Tribunal Supremo**

STS nº 156/2016 de 30-03-2016 (AC 2016/606).

STS nº 4516/2015 de 26-02-2016 (JUR 2016/51746).

STS nº 584/2015 de 29-10-2015 (RJ 2015/4581).

STS nº 321/2015 de 18-06-2014 (RJ 2015/2293).

STS nº 701/2007 de 25-06-2007 (RJ 2007/4672).

STS nº 6127/2001 de 15-03-2004 (RJ 2005/2950).

STS nº 12/2000 de 22-01-2000 /RJ 2000/60).

STS nº 503/1993 de 18-05-1993 (RJ 1993/3568).

- **Sentencias del Tribunal Constitucional**

STS nº 158/2008 de 2-12-2008 (RTC 2008/159).

STS nº 237/199 de 12-12-2001 (RTC 1991/237).

STS nº 291/2000 de 30-11-2000 (RTC 2000/291).

STS nº 218/1994 de 18-07-1994 (RTC 1994/218).

STS nº 238/1992 de 17-12-1992 (RTC 1992/238).

STS nº 70/1984 de 11-06-1984 (RTC 1984/70).

- **Sentencias de las Audiencias Nacionales.**

STS nº 35350 de 10-03-2016 (JUR 2016/52668).

STS nº 181/2012 de 1-07-2013 (JUR 2013/244835).

STS nº 830/2008 de 3-11-2010 (JUR 2010/393983).

- **Sentencias de las Audiencias provinciales**

STS nº 40/2016 de 23-02-2016 (JUR 2016/62576).

STS nº 209/2015 de 17-09-2015 (JUR 2015/271850).

STS nº 146/2015 de 17-06-2015 (JUR 2015/193587).

STS nº 238/2007 de 13-11-2007 (AC 2008/118).

STS nº 60/2003 de 12-03-2003 (AC 2003/1309).

STS nº 183/2002 de 17-12-2002 (JUR 2003/82556).

STS nº 288/2002 de 9-11-2002 (AC 2003/521).

STS nº 169/2001 de 29-11-2001 (AC 2002/131).

- **Autos de las Audiencias provinciales**

AAP nº 263/2015 de Madrid de 21-12-2015 (AC 2016/2556).

AAP nº 32/2012 de Murcia, 28-02-2012 (JUR 2012/130520).

AAP nº 201/2011 de Barcelona, 15-12-2011 (JUR 2012/344285).

AAP nº 243/2011 de Madrid, 26-09-2011(JUR 2011/360246).

AAP nº 26/2011 de Cuenca de 12-04-2011 (JUR 2011/215599).

AAP nº 14/2009 de Barcelona, 22-01-2009 (AC 2009/1184).

AAP nº 228/2008 de 26-11-2008 (JUR 2009/72962).

AAP nº 154/2007 de Burgos, 9-04-2007 (AC 2007/1721).

AAP nº 82/2007 de Madrid de 31-01-2007 (AC 2007/208).

AAP nº 191/2006 de Madrid de 3-05-2006 (AC 2006/921).

AAP nº 136/2004 de Madrid de 27-04-2004 (JUR 2004/247304).

AAP nº 122/2002 de las Palmas de 10-10-2003 (JUR 2003/80395).

AAP nº 333/2003 de Cádiz de 31-07-2003 (AC 2003/1584).

AAP nº 303/2002 de León de 24-07-2002 (AC 2002/1627).

AAP nº 15/2002 de Córdoba de 12-04-2002 (AC 2002/697).

AAP nº 33/1997 de Pontevedra de 11-04-1997 (AC 1997/708).

- **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.**

STS nº 159/02 de 27-04-2004, (TJCE 2004/98).