

ESTUDIOS

MEDIDAS CAUTELARES CIVILES

JULIO CALVET BOTELLA

Magistrado

SUMARIO: I. Introducción.-II. Características de las medidas cautelares. A) Instrumentalidad. B) Temporalidad y Provisionalidad. Accesoriedad.-III. Requisitos de las medidas cautelares. A) «Periculum in mora». B) «Fumus boni iuris». C) Caucción.-IV. Clases de medidas cautelares.-V. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. A) Competencia. B) Tramitación. a) Solicitud. b) Celebración de vista. c) Resolución. C) Ejecución de la medida cautelar. D) Medidas cautelares adoptadas sin previa audiencia y Oposición a las mismas. E) Modificación y Alzamiento de las medidas cautelares. F) Caucción sustitutoria. G) Tercerías en caso de Embargo Preventivo.

I. INTRODUCCIÓN

Si «la ejecución de las sentencias es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado Social y Democrático de Derecho», como ha puesto de relieve la STC 67/1984, de 7 de junio, y como consustancial a la idea de eficacia que debe comportar el ejercicio de la potestad jurisdiccional como consecuencia del artículo 117.3 de la Constitución Española, es claro que, como indica Asencio Mellado, sea preciso que el Órgano Jurisdiccional por un lado asegure la posible y previsible condena desde un primer momento a través de las diversas medidas cautelares con ánimo tendente a su favorecimiento, y por otro lado, que adopte posteriormente las medidas oportunas que la Ley concede para llevar a efecto la ejecución (SSTC. 26/1983, de 13 de abril y 125/1987, de 15 de Julio)⁽¹⁾.

La importancia de la función cautelar, puesta de relieve por toda la doctrina científica que llegó en este ámbito a discutir si las medidas cautelares constituían un tercer tipo de proceso junto al de declaración y al de ejecución y por ende un tercer tipo de tutela jurídica como pos-

⁽¹⁾ ASENCIO MELLADO, José María, *Introducción al Derecho Procesal*. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997, pp. 192.

tulaban Herce Quemada⁽²⁾, Fairen⁽³⁾, de Miguel y Alonso⁽⁴⁾ y Gutiérrez de Cabiedes⁽⁵⁾, entre otros, o por el contrario que no constituiran un proceso autónomo como defendía Serra Domínguez⁽⁶⁾, presentaba en nuestro Derecho positivo una dispersión normativa y una falta de uniformidad en su tratamiento tan patente, que precisaba una profunda reforma de las medidas cautelares; necesidad ya puesta de relieve en la Conclusión Segunda de la II Reunión de Profesores Numerarios y Adjuntos de Derecho Procesal en Zaragoza en el año 1966, al decir que «Estimamos así mismo y con vistas a cualquier posible reforma de la organización vigente, que es deseable dar al conjunto de dichas medidas el tratamiento unificado y autónomo que su importancia requiere». Y es que, en suma, el fundamento último de las medidas cautelares hay que buscarlo en la necesidad de la eficacia de la Administración de la Justicia, y ello de acuerdo con la Jurisprudencia de los más Altos Tribunales, pues como recuerda Gimeno Sendra y a tenor de dicha Jurisprudencia, puede afirmarse que una Administración de Justicia es eficaz entre otras notas por «la existencia en los procesos de unas medidas cautelares y de ejecución, que posibiliten la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos (cifr., art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, y 6 y 13 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos)»⁽⁷⁾.

En esta idea de eficacia y de solución de la actual situación legislativa, la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, señala cómo dicha Ley de Enjuiciamiento regula las medidas cautelares en un conjunto unitario de preceptos, del que sólo se excluyen los relativos a las medidas específicas de algunos procesos civiles especiales, y «Se supera así una lamentable situación, caracterizada por escasas e insuficientes normas, dispersas en la Ley de 1.881 y en otros muchos Cuerpos Legales».

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, regula las Medidas Cautelares, en el Título VI de su Libro III, compuesto de cinco capítulos en los que se distribuyen los artículos 721 a 745 inclusive.

II. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El capítulo I del Título VI de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo la rubrica «De las medidas cautelares: disposiciones generales, establece de una parte las características de las medidas cautelares y de otra sus requisitos.

⁽²⁾ HERCE QUEMADA, Vicente, El Proceso Cautelar. Rev. de Derecho Procesal 1.ª Época (Continuación), núm. 4, 1966, pp. 11, «La función aseguradora o cautelar del proceso civil es una forma de tutela jurídica con propia sustantividad, tan importante como puede serlo la de declaración y ejecución», y añadía, que «El proceso cautelar constituye, como dice Camelutti, un *tertium genus*, caracterizado como el proceso dilatativo y el de ejecución por la finalidad que fundamentalmente persiguen».

⁽³⁾ FAIREN GUILLEN, Víctor, *La reforma del proceso cautelar civil español*, en Rev. de Derecho Procesal 1.ª Época (Continuación), núm. 4, 1966, pp. 56 y ss.

⁽⁴⁾ DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos, *Notas sobre el proceso cautelar*, en Rev. de Derecho procesal, 1.ª Época (Continuación), núm. 4, 1966, pp. 89.

⁽⁵⁾ GUTIÉRREZ DE CABIEDES *Elementos esenciales de un sistema de medidas cautelares*. Pamplona 1974, pp. 11.

⁽⁶⁾ SERRA DOMÍNGUEZ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, pp. 25, donde objeta la construcción de las medidas cautelares como un proceso autónomo recogiendo las críticas que a la autonomía del proceso cautelar formulara Calamandrei y ello básicamente en el Derecho español dada la «forzosa dependencia y subordinación del proceso cautelar respecto del proceso principal del que tan solo es un mero incidente», como también rechaza la existencia de un proceso cautelar siguiendo a Allorio que «En definitiva, si bien es cierto que para obtener sentencia favorable basta con la demostración de la existencia del derecho, mientras que para conseguir una medida cautelar es preciso normalmente justificar la existencia de un peligro derivado del retraso en su efectividad no puede en forma alguna crearse un nuevo derecho sustancial determinado solo por una circunstancia extraña al derecho principal, como sería el riesgo eventual y temporal de su declaración».

⁽⁷⁾ GIMENO SENDRA, Vicente, *Causas históricas de la ineficacia de la Justicia*. Ponencia general del 8.º Congreso Internacional de Derecho Procesal. Utrecht, 24-28 de agosto de 1987, en Rev. de Derecho Procesal núm. 2 de 1987, pp. 264.

El artículo 721 de la LEC, y tras establecer la necesidad de instancia de parte para la adopción de las medidas cautelares y serlo bajo la responsabilidad del peticionario, –actor principal o reconvenional–, (art. 721.1), y declarar la imposibilidad de ser adoptadas de oficio por el Tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales, como también la imposibilidad de ser acordadas medidas más gravosas que las solicitadas, (art. 721,2), establece, como también en el artículo 726, las características de las medidas cautelares, consistentes en la instrumentalidad respecto de la sentencia que pueda otorgar una concreta tutela, y por consiguiente su accesoriedad y provisionalidad.

A) Instrumentalidad

El fin asegurativo de un ulterior proceso es la consideración que ha venido a asignar a las medidas cautelares del carácter de instrumentalidad que tradicionalmente se le atribuye, pues como medida de garantía que es tiene su razón de ser en el proceso principal al que sirve, y cuyo resultado determinará la extinción de la medida cautelar, bien por ser rechazada la demanda, o bien por transformarse la medida asegurativa en ejecutiva, en su caso, y es así como el artículo 721.1 de la LEC establece que se podrán solicitar y conforme a lo dispuesto en dicho Título IV, «la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare», precepto que al tiempo que arbitra un sistema de *numerus apertus* en orden a las concretas medidas cautelares, condiciona, no obstante, la petición de la medida a la necesidad asegurativa de la efectiva tutela judicial que se demanda y quiere verse obtenida en la sentencia estimatoria, lo que proclama también la homogeneidad de la pretensión cautelar concreta que se postula. Dicho carácter instrumental, se refiere también en el artículo 726.1.^a de la LEC, al exigir que la medida cautelar reúna la característica de ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente; y que conforme a la característica 2.^a establecida en el referido artículo, la medida no sea susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz a dichos efectos, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado, lo que comportará una interpretación restrictiva sobre su alcance, de suerte que se observe la adecuada proporcionalidad entre el fin perseguido y el medio empleado.

B) Temporalidad y provisionalidad. Accesoriedad

Como consecuencia o íntimamente ligada a la nota de instrumentalidad, se encuentra la característica de «temporalidad», en las medidas cautelares, llamada por Calamandrei «cualidad de provisoriedad»⁽⁸⁾, y que implica que la medida cautelar tiene una duración temporal sujeta a la pendencia del proceso principal, y así, como reflejo de ello, el artículo 726.2 de la LEC, establece que «con el carácter temporal, provisional, condicionado y

(8) CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Prólogo de Eduardo J. Couture, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pp. 36 y ss. «Los efectos jurídicos de las mismas no solo tienen duración temporal sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir desde la emanación de la providencia jurisdiccional que, en la terminología común se indica, en contraposición a la calificación de cautelar dada a la primera, con la calificación de definitiva. La provisoriedad de las providencias cautelares sería, pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y la providencia subsiguiente (definitiva), el inicio de las cuáles señalaría la cesación de los efectos de la primera».

susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el Tribunal podrá acordar como tales las que consistan en ordenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuizar la sentencia que en definitiva se dicte».

Por su parte el artículo 731 de la LEC establece la accesoriedad de las medidas cautelares, pues según el número 1 de dicho artículo, la accesoriedad unida a la temporalidad y consecuentemente con la instrumentalidad de la medida cautelar, establece que la medida no se mantendrá cuando el proceso principal haya terminado por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente para cuyo supuesto la Ley ordena su mantenimiento hasta que transcurra el plazo del artículo 548, -20 días posteriores a aquel en que la resolución de condena haya sido notificada al ejecutado-, transcurrido el cual, y si no se solicita la ejecución se alzarán las medidas. Como también se alzarán las mismas, pues no podrá mantenerse la medida, si el proceso quedara en suspenso durante mas de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida como establece el párrafo segundo del artículo 731.1 de la Ley. Por otro lado, la provisionalidad y temporalidad de las medidas y para el caso de su adopción con carácter previo a la interposición de la demanda, resulta además establecido por venir condicionado el mantenimiento de las adoptadas a la presentación de la demanda ante el mismo Tribunal que conoció de la solicitud de aquella, en el termino de 20 días siguientes a su adopción, pues conforme al artículo 730.2 de la LEC de no formularse la demanda, el propio Tribunal, de oficio, acordará que se alcen y revoken los actos de cumplimiento realizados, condenando en costas al solicitante y declarandole responsable de los daños y perjuicios que haya producido a aquél contra el que se adoptaron. Por último, el artículo 731.2 de la Ley, manda igualmente alzar las medidas cautelares adoptadas cuando se despache ejecución provisional de una sentencia y que guarden relación con dicha ejecución, y ello sin duda no solo para evitar la coexistencia de medidas cautelares y medidas ejecutivas coincidentes, sino también porque despachada ejecución provisional el desarrollo y culminación de la misma queda sujeta a la normativa e incidencias correspondientes conforme a los artículos 524 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

III. REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El peligro por la mora procesal, la apariencia de buen derecho y la caución, son los típicos requisitos reconocidos tradicionalmente por la doctrina científica para la adopción de las medidas cautelares, a los que la LEC dedica su artículo 728 y que se contemplan en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, como «factores fundamentales imprescindibles para la adopción de medidas cautelares».

A) «Periculum in mora»

Decía Calamandrei que «las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias frecuentemente opuestas de la Justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden ante todo a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y del mal, esto

es de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva mas tarde con la necesaria ponderación en las reposadas formas del proceso ordinario»⁽⁹⁾.

En los mismos términos de asegurar el resultado del proceso como requisito fundamental para la adopción de medidas cautelares ha venido pronunciándose la doctrina española, y así De Miguel y Alonso, considera el *periculum in mora*, como «temor urgente y razonable de un daño jurídico posible, inminente e inmediato de ser causado por el deudor durante el desarrollo del proceso principal, alterando la situación inicial existente»⁽¹⁰⁾, y Serra Domínguez, que incluso lo configura como fundamento de las medidas cautelares al definirlo como «el daño marginal que pueda resultar del retraso inevitable habida cuenta de la lentitud de proceso ordinario, en la resolución definitiva»⁽¹¹⁾, y hasta basarlo en factores subjetivos junto a los objetivos como refiere Prieto Castro: «el temor de la insolvencia, la desaparición de las cosas, de empobrecimiento de los bienes productivos —por mala administración o semejante—, simplemente la molestia que al demandante pueda producir la continuación del estado actual hasta que recaiga el fallo ejecutorio, son consideraciones que han prevalecido desde tiempos antiguos sobre el criterio de espera hasta la producción de la cosa juzgada»⁽¹²⁾, y habiéndose, en suma, considerado y a tenor del régimen jurídico de las medidas cautelares hasta ahora existente, la necesidad de que exista un peligro tangible de que el retraso en la obtención de la sentencia determinará la ineficacia real de ésta, «porque no existiendo tal peligro no cabe la posibilidad del aseguramiento que se pretende», como señala Cortés Domínguez⁽¹³⁾.

Así, el artículo 728.1 de la LEC exige para su establecimiento la justificación el que la falta de adopción de las medidas cautelares frustre el fin perseguido por el proceso, y así señala que «sólo 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 pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria», cuyo precepto, es claro requiere la prueba al menos de la previsibilidad de la producción de tales situaciones, sin que baste con meras manifestaciones, pudiendo ser indicativos para ellos, los supuestos contemplados en su día en los dos últimos párrafos del artículo 1.400 de la LEC de 1.881 y en lo que a la concreta medida se refieran. Por otra parte el párrafo segundo del referido precepto excluye la adopción de medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las que no ha solicitado hasta entonces dichas medidas, precepto que trata de conciliar la necesidad con la oportunidad de la adopción de las medidas, pues es claro que consentida la situación de hecho por el que ahora lo solicita durante largo tiempo, solo deben ser adoptadas ante la justificación de las razones que hasta entonces no han movido al peticionario a su solicitud, y porque de no ser así dejaría de quedar justificado el peligro por la mora procesal que con el instituto cautelar se trata de proteger.

Por otro lado el requisito de la urgencia, como inminencia del peligro de la mora procesal, es reconocido en la LEC para además los supuestos de acuerdo a prevención de medidas cautelares más urgentes aún por Tribunal que se considere territorialmente incompetente, conforme dispone el artículo 725.2 de la LEC; o para la adopción de medidas cautelares antes de

⁽⁹⁾ CALAMANDREI, Piero, Ob. cit., pp. 43.

⁽¹⁰⁾ DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos, ob. cit. pp. 91.

⁽¹¹⁾ SERRA DOMÍNGUEZ, Ob. Cit., pp. 39.

⁽¹²⁾ PRIETO CASTRO, Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, Segunda Parte, Edit. Rev. Derecho Privado. Madrid 1965, pp. 367 y ss.

⁽¹³⁾ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Civil*. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1993, pp. 786.

la demanda, en cuyo caso el artículo 730.2 de la LEC exige la acreditación por el peticionario de las razones de urgencia y necesidad.

B) «Fumus boni iuris»

El *Fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, es requisito tradicionalmente exigido para la adopción de la medida cautelar y que supone la necesaria justificación por parte de quien la solicita de que el resultado del proceso para o en el que se solicita será probablemente favorable para el mismo. Así, no bastará para la adopción de la medida la mera petición, sino que es indispensable que el derecho lesionado o que se pretende asegurar aparezca no solo como probable, sino como cualificadamente probable, o como indicaba Carreras, «para la adopción de medidas cautelares no basta la mera posibilidad del derecho, sino que se requiere algo más que esta posibilidad y algo menos que la certeza»⁽¹⁴⁾.

El artículo 728.2 de la LEC, establece a tales efectos que «El solicitante de medidas cautelares habrá de presentar 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. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios»

Frente a la exigencia de acreditación documental o aportación de un principio de prueba por escrito, lo que venía siendo requerido por la LEC de 1.881 (así artículos 1.400 ó 1.428), la actual LEC excluye la necesidad de que tal acreditación lo pueda ser tan sólo a través de tal medio al permitir que en defecto de documentación pueda el solicitante ofrecer la justificación por otros medios, con lo cual admite la acreditación ampliamente, tal vez debido a que en todo caso en el nuevo régimen jurídico, se prevé como regla general, la previa contradicción o la oposición posterior a la medida. De otro lado debe indicarse que la acreditación en su caso, no debe implicar una prueba anticipada y que por tanto la actividad aquí probatoria deberá ser limitada y al objeto que se pretende, evitando en la medida de lo posible un perjuicio o impresión a favor o en contra respecto de la solución de fondo, problemática que no deja de ser objeto de reflexión y comentario en la Exposición de Motivos de la LEC. En todo caso, lo que si resulta claro es que la adopción de medidas cautelares nunca podrá fundamentarse en meras alegaciones del solicitante.

C) Caución

La posibilidad de que la adopción de la medida cautelar pueda suponer la causación de perjuicios al demandado, bien por ser rechazada la demanda, o por la falta de presentación de la misma dentro del plazo preclusivo establecido para el supuesto de interesarse y obtenerse con anterioridad a aquella, son consideraciones que han movido al Legislador a exigir en la nueva LEC y como regla general la prestación de caución por el solicitante de la medida, constituyéndose así en presupuesto o condición para ello, modificando en tal particular las normas anteriores que en ocasiones dejaba a la discrecionalidad del Juez la exigencia o no de la caución o fianza, e incluso en orden a su calidad, derivando inclusive en ocasiones la responsabilidad al propio Juez (art. 1.402, II de la Ley de 1881). Se configura así la fianza o caución como

⁽¹⁴⁾ CARRERAS, Jorge, *Las medidas cautelares del artículo 1.428 de la LEC*, en Rev. jurídica de Cataluña, núm. 4, 1958, pp.478.

una «contracautela» o nueva medida cautelar como garantía de la medida solicitada, y así el artículo 728,3 de la LEC establece la obligación del solicitante de prestar «caución suficiente», para responder de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida pueda causar en el patrimonio del demandado, cuya determinación cuantitativa corresponderá al Tribunal atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y la valoración que realice sobre el fundamento de la solicitud y para cuya determinación cualitativa se estará a lo previsto en el artículo 529, apartado 3, párrafo segundo (dinero efectivo, aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca, o cualquier otro medio que garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate, a juicio del Tribunal). En todo caso y conforme al artículo 737 de la LEC, la prestación de la caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada cuya idoneidad y suficiencia será decidida por el Tribunal mediante providencia. Por último debe indicarse que la exigencia de prestación de la caución no se exige en el caso de justicia gratuita al no alcanzar a su contenido conforme al artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia jurídica Gratuita, y conforme a lo ya indicado por la STC de 17 de diciembre de 1987, Sala 2.^a

IV. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

La LEC establece como se dijo un régimen abierto de los tipos de medidas cautelares a adoptar, conforme resulta del artículo 726, donde en función de la instrumentalidad y homogeneidad con el proceso de que se trate permitirá la opción de cualquier medida cautelar preordenada al fin aseguratorio del concreto proceso, de suerte de que como la Exposición de Motivos señala, el justiciable disponga de medidas más enérgicas de las que hasta ahora disponía, y para que así resulten en verdad eficaces «...para lograr, no solo que la sentencia de condena pueda ejecutarse, sino para evitar que sea ilusoria, en sus propios términos»; y cuya determinación amplia, vuelve a ser referida en el número 11 del artículo 727, al admitir como tales, las que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio, con lo que se eleva a la categoría general la previsión antes contenida en las llamadas medidas cautelares innominadas que regulaba el artículo 1.428 de la LEC de 1.881 aunque tan solo para los supuestos que preveía.

No obstante ello, y la amplitud con que la LEC contempla las medidas cautelares, su artículo 727, establece las que denomina Medidas Cautelares Específicas, que pueden ser acordadas «entre otras», y ello con buen criterio con el fin de preordenar en lo fundamental los tipos de medidas aplicables, aunque como se ha dicho y resulta de la LEC sin que lo sea de modo exhaustivo o excluyente de otras, y medidas en todo caso a adoptar en función del proceso de que se trate. Con arreglo a tal precepto se señalan como posibles medidas cautelares a adoptar las siguientes:

1.º Embargo Preventivo de Bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos, y también para aplicar como medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.

2.º Intervención o administración judicial de bienes productivos, para asegurar sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad, o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiera recaer.

3.º Depósito de cosa mueble, para asegurar sentencias de condena a su entrega y estén en posesión del demandado.

4.º Formación de Inventarios de bienes, en las condiciones que el Tribunal disponga.

5.º Anotación Preventiva de demanda, cuando se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos;

6.º Otras anotaciones registrales en el caso de que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución.

7.º Orden judicial de cese provisional en una actividad; 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 se viniere realizando.

8.º Intervención y depósito de ingresos obtenidos en una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen como remuneración de la propiedad intelectual.

9.º Depósito temporal de ejemplares de obras y objetos que se reputen producidos con infracción de la propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.

10.º La suspensión de acuerdos sociales, en los términos que indica.

11.º Aquellas otras que para la protección de ciertos derechos prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias como antes se indicó.

Como es de ver en tal relación se tratan de refundir muchas de las medidas cautelares hasta ahora dispersas no solo en la LEC sino en Leyes especiales, las que no obstante quedarán en vigor a tenor del número 11.º del precepto descrito en cuanto no resulten derogadas, y en su caso con las adaptaciones dadas por las disposiciones finales de la LEC, a algunas de ellas, y así en cuanto a los artículos 25.20 y 103 de la Ley de Propiedad Intelectual (Texto Refundido por RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, conforme a la disposición final segunda, el artículo 133 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, conforme a la disposición final quinta, o el artículo 86 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la caducidad de las anotaciones preventivas conforme a la disposición final novena.

V. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

A) Competencia

Admitido por el artículo 730 de la LEC el que las medidas cautelares puedan ser solicitadas antes, al tiempo o con posterioridad a la interposición de la demanda, el artículo 723 de la misma, confiere la competencia objetiva y territorial al Tribunal que esté conociendo del asunto en primera instancia y en lógica correspondencia con lo que el artículo 61 denomina competencia funcional por conexión, e indicando que si el proceso no se hubiera iniciado, corresponderá la competencia al que lo sea para conocer de la demanda principal. Para conocer de las solicitudes relativas a medidas cautelares que se formulen durante la sustanciación de la segunda instancia o recurso extraordinario, el artículo 723.2 dispone que será competente el Tribunal que conozca de la segunda instancia o de dicho recurso.

El artículo 725 de la LEC establece el examen de oficio de la competencia cuando las medidas se soliciten con anterioridad a la demanda, indicando a tales efectos que si bien en los

supuestos de solicitud anterior a la demanda no se admitirá declinatoria fundada en incompetencia territorial, el Tribunal debe examinar de oficio su jurisdicción y su competencia objetiva y territorial; señalando que para los supuestos en que se considerase incompetente por carecer de jurisdicción o de competencia objetiva, deberá dictar previa audiencia del solicitante y del Ministerio Fiscal, auto absteniéndose de conocer, remitiendo a las partes a que usen de su derecho ante quien corresponda si la abstención no se fundara en la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles. Igual trámite y acuerdo habrá de observarse para los supuestos de incompetencia territorial, y ello cuando la competencia no pueda fundarse en ninguno de los fueros legales, imperativos o no, que resulten aplicables en relación con la cuestión objeto del juicio principal que se pretenda; ello no obstante, si el fuero aplicable es dispositivo y se hubieran sometido expresamente las partes para el conocimiento del asunto principal a dicho Tribunal, no se deberá declinar la competencia. Para los supuestos en los que el Tribunal se considere territorialmente incompetente, el número 2 de dicho artículo 725 previene la posibilidad de que el Tribunal pueda ordenar «en prevención» aquellas medidas cautelares que resulten más urgentes, remitiendo posteriormente los autos al Tribunal que resulte competente. Naturalmente y para que ello se produzca, deberá ser así solicitado por la parte y una vez que se resuelva la incompetencia, a menos que con la solicitud de la medida ya se invoque o solicite, pues es claro que dicho precepto deja abierta la posibilidad de presentar la solicitud de medidas cautelares previa en cualquier Tribunal aunque resulte notoriamente incompetente por razón del territorio, para la obtención, en todo caso, de medidas en prevención, lo cual no deja de ser una solución discutible. Nada dice aquí la LEC a efectos de recursos frente a los autos que se dicten por lo que deberá estarse a lo dispuesto en capítulo IV, Título II del Libro I, artículos 66 y 67 de la LEC.

Para los supuestos de solicitud de medidas cautelares en un proceso arbitral pendiente en España o en un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en el extranjero conforme al artículo 722 de la LEC, habrá de estarse en orden a la competencia a lo dispuesto en el artículo 724 que confiere la competencia al Tribunal del lugar en que el laudo deba ser ejecutado o en su defecto el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, y ello sin perjuicio de lo previsto en los Tratados Internacionales en los casos en los que el proceso se siga en un tribunal extranjero, y a los que en tal particular habrá de estarse.

B) Tramitación

A) SOLICITUD

La solicitud de la medida cautelar, que naturalmente habrá de serlo por escrito, independiente o por medio de otrosí en la demanda principal, deberá ser formulada conforme al artículo 732 de la LEC, con claridad y precisión, y justificando cumplidamente en la misma la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos (*periculum in mora*, y apariencia de buen derecho, *fumus boni iuris*), acompañando los documentos en los que se apoyen o bien ofreciendo la práctica de otros medios para la acreditación de dichos presupuestos como permite el artículo 728.2, pudiendo solicitarse del 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 necesarios para resolver la solicitud en el caso de petición de medidas cautelares en procesos en que se pida la prohibición o cesación de actividades ilícitas. Igualmente en el escrito en que se soliciten las medidas cautelares el actor deberá proponer en su caso y para el acto de la vista las pruebas que en tal momento interesa

valerse, pues de no hacerlo así le precluirá la posibilidad de hacerlo tal y como establece el párrafo segundo del número 2 del artículo 732 de la LEC. Igualmente en el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución, con especificación del tipo o clase de la misma y justificación del importe que se propone.

B) CELEBRACIÓN DE VISTA

Como regla general el artículo 733.1 de la LEC dispone que el Tribunal proveerá la solicitud de medidas cautelares previa audiencia del demandado, y ello a salvo las excepciones a las que luego se aludirán. Así el artículo 734 de la LEC previene que recibida solicitud, el Tribunal, mediante providencia, y en el plazo de cinco días contados desde la notificación de aquella, convocará a las partes a una vista o comparecencia que se celebrará dentro de los diez días siguientes sin necesidad de seguir el orden de los asuntos pendientes cuando así lo exija la efectividad de la medida cautelar. Dicha vista se desarrollará conforme establece el número 2 de dicho precepto, esto es, alegaciones de las partes, y prueba, tanto de las propuestas por el actor, como de las que en tal momento se propongan por el demandado y sean admitidas por el Tribunal, a cuyo efecto deberá valorarse su pertinencia en «razón de los presupuestos de las medidas cautelares», y pudiendo solicitarse el reconocimiento judicial cuando sea necesario para acreditar extremos relevantes, y que de admitirse y no poder llevarse a cabo en el acto de la vista, lo que sucederá siempre que de reconocimiento de lugares se trate, se practicará en el plazo de cinco días. Igualmente y en dicho acto, podrán formularse alegaciones relativas al tipo y cuantía de la caución que se proponga y también por parte del demandado sobre la petición que pueda hacer de que se acepte caución sustitutoria conforme al artículo 746 de la LEC. Contra las resoluciones que el Tribunal vaya pronunciando en el curso de esta comparecencia en cuanto a su contenido y la prueba, no cabrá recurso alguno sin perjuicio de que previa la oportuna protesta, en su caso, puedan alegarse las infracciones que se hubieran producido en la misma, en el recurso contra el auto que resuelva sobre las medidas cautelares.

C) RESOLUCIÓN

Terminada la vista o comparecencia, el Tribunal en el plazo de cinco días, dictará auto estimando o denegando las medidas cautelares.

En el primer caso, la estimación tendrá lugar si el Tribunal estima que concurren todos los requisitos establecidos en la LEC para ello y estima acreditado el peligro de la mora procesal, y atendiendo también a la apariencia de buen derecho y a tal efecto fijará con toda precisión, la medida o medidas cautelares que se acuerdan y precisará el régimen a que han de estar sometidas, determinando a su vez en dicha resolución la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse la caución. Frente a este auto cabrá recurso de apelación, sin efectos suspensivos, solo devolutivos, tal y como señala el artículo 735.2 de la LEC.

En el segundo supuesto, esto es de no estimar acreditados ni justificados los requisitos y condiciones procedentes, el Tribunal dictará auto denegando las medidas, cuyo auto podrá ser objeto de recurso de apelación al que se dará una tramitación preferente, estandose en cuanto a las costas a los criterios establecidos en el artículo 394 de la LEC. En tales casos de denegación, la petición de medida cautelar podrá ser reproducida si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición conforme indica el artículo 736.2 de la LEC.

C) Ejecución de la medida cautelar

El artículo 738 de la Ley, dispone que acordada la medida cautelar y prestada la caución y declarada su suficiencia. lo que siempre será previo para ello conforme al artículo 737, se procederá de oficio al inmediato cumplimiento de lo acordado, empleándose para ello los medios que fueren necesarios, incluso los previstos para la ejecución de sentencias, con lo que la LEC refiere a tales preceptos como regla general para la ejecución de las medidas cautelares, si bien a continuación en tales preceptos y con los ordinales 2 y 3, establece reglas relativas al embargo preventivo, para lo que remite al artículo 584 y siguientes, con exclusión de la manifestación de bienes del artículo 589 de la LEC; a la administración judicial, para lo que remite al artículo 630 y siguientes; y a las normas del Registro correspondiente, cuando la medida consista en Anotación preventiva, lo que obviamente y para el caso de Anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad habrá de estarse a la Ley Hipotecaria y Reglamento para su aplicación y en cuanto a la forma de proceder; y estableciendo por último dicho precepto la exigencia de previa autorización por providencia del Tribunal la enajenación de bienes o derechos sobre los que ha recaído una medida cautelar por los depositarios, administradores judiciales o responsables de aquellos, y cuando concurren circunstancias tan excepcionales que resulte más gravosa para el patrimonio del demandado la conservación que la enajenación.

D) Medidas cautelares adoptadas sin previa audiencia y oposición a las mismas

El artículo 733 de la LEC en su número 2 establece como excepción a la regla general de la previa audiencia del demandado para la adopción la medida cautelar, la posibilidad de que ésta se acuerde sin oír al demandado previamente, cuando así lo pida el solicitante de la medida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, a cuyo efecto el Tribunal podrá adoptar la medida sin más trámites, mediante auto en el plazo de cinco días, razonando por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado concederla sin oír al demandado; frente a cuyo auto, no cabrá recurso alguno, estandose a lo dispuesto en el capítulo III del Título VI en cuanto a la oposición que se permite en tal supuesto.

Dicha oposición para la que el artículo 739 de la LEC establece el plazo de veinte días a contar desde la notificación del auto que acuerde las medidas cautelares, podrá tener por objeto la alegación por el demandado de cuantos hechos o razones se opongan a la procedencia, requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias de la medida o medidas acordadas, y sin limitación alguna, lo que debe entenderse como hechos, razones y circunstancias que hubieran podido ser opuestas al tiempo de la aprobación de las medidas y no en hechos posteriores a aquellas, como también podrá ofrecerse por el oponente la caución sustitutoria de la medida o medidas en los términos dispuestos en el capítulo V del Título VI, tal y como dispone el artículo 740 de la LEC.

La oposición que deberá formularse por escrito, se sustanciará previo traslado al solicitante de la medida por los trámites previstos en el artículo 734 de la LEC, esto es celebración de vista, admisión y práctica de cuantas pruebas dispongan las partes si fueran pertinentes en relación con la ratificación ú oposición, y que verificada será resuelta la oposición por medio de auto en el plazo de cinco días siguientes a la celebración de aquella, cuya resolución, de ser confirmatoria de las medidas cautelares supondrá la condena en las costas de la oposición al demandado y que sí por el contrario se acordare alzar las medidas implicará la condena en cos-

tas al solicitante de las mismas y así mismo al pago de los daños y perjuicios que al demandado se hayan producido, y cuyo auto, en todo caso será susceptible de recurso de apelación pero sin efecto suspensivo en ninguno de los casos (art. 741.3 LEC).

Una vez firme el auto que estime la oposición, a instancias del demandado se procederá a la determinación de los daños y perjuicios que en su caso se le hubieren producido con la adopción de la medida cautelar y por los trámites previstos en los artículos 712 y siguientes de la LEC, y una vez determinados, se requerirá de pago al solicitante de la medida continuándose de inmediato en el caso de que no hiciere el pago, a su exacción forzosa (art. 742 LEC), y todo ello como consecuencia además de que como señala el artículo 721 de la LEC las medidas se adoptan bajo la responsabilidad del solicitante, por lo que ya *ab initio*, asumirá en su caso la posible causación daños y perjuicio al demandado.

E) Modificación y alzamiento de las medidas cautelares

El artículo 743 de la LEC establece la posibilidad de que las medidas cautelares puedan ser modificadas alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas, y cuya modificación será sustanciada también por los trámites previstos en el artículo 734 y siguientes de la LEC, estableciéndose así la posibilidad de modificación de las medidas cautelares en todo tiempo durante la vigencia de las mismas, lo que deberá entenderse como por la concurrencia de hechos nuevos o posteriores al tiempo en que pudieron ser alegados, y que además comporten cambios sustanciales a aquellos que anteriormente fueron tenidos en cuenta.

Por su parte el artículo 744 de la LEC, establece el alzamiento de las medidas en el caso de absolución del demandado, en primera o segunda instancia, en cuyo caso si la absolución es total, el Tribunal ordenará de inmediato el alzamiento de las medidas adoptadas, salvo que formulado recurso, el recurrente solicite su mantenimiento o la adopción de medida distinta y el Tribunal, oída la parte contraria, y atendidas las circunstancias del caso y previo aumento del importe de la caución, considere oportuno acceder a dicha solicitud, -de mantenimiento o sustitución por medida distinta-, y ello mediante auto. En el caso de estimación parcial de la demanda, el Tribunal y con audiencia de la parte contraria decidirá sobre el mantenimiento, alzamiento o modificación de las medidas cautelares acordadas, mediante auto.

Por último, el artículo 745 de la LEC dispone que una vez firme la sentencia absolutoria, bien lo sea en el fondo o en la instancia, como también en los casos de renuncia de la acción o desistimiento de la instancia, que se alzarán de oficio todas las medidas cautelares adoptadas, y se procederá conforme a los trámites previstos en el artículo 742 respecto de los daños y perjuicios que hubiere podido sufrir el demandado.

F) Caución sustitutoria

Los artículos 746 y 747 de la LEC establecen la posible caución o contracautela en sustitución de las medidas cautelares adoptadas, a petición de aquél frente al que se hubieren solicitado y adoptado, y consistente en la prestación de caución suficiente a juicio del Tribunal para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare, para cuya decisión establece la LEC que el Tribunal examinará el fundamento de la solicitud de la medida, la naturaleza y contenido de la pretensión de condena y la apariencia favorable que pueda presentar la posición del demandado, como también tendrá en cuenta el Tribunal si la me-

dida habría de restringir o dificultar la actividad patrimonial o económica del demandado de modo grave y desproporcionado respecto del aseguramiento que aquella medida represente para el solicitante, lo que se justifica en el hecho de los peligros y riesgos que la adopción de la medida cautelar puede comportar y evitar lo especialmente gravoso que puede comportar su mantenimiento cuando sea posible el aseguramiento por medio de caución suficiente que asegure el fin de la sentencia estimatoria que procediera, medida esta que no puede por menos que estimarse del todo punto favorable y como corrección a los posibles excesos que la adopción de aquella pueda comportar.

Dicha solicitud que se podrá formular conforme a lo dispuesto en el artículo 734 de la LEC o si ya se hubiere adoptado en el trámite de oposición, y también mediante escrito motivado, al que se podrán acompañar los documentos que se estimen convenientes sobre su solvencia, las consecuencias de la adopción de la medida y la más precisa valoración del peligro de mora procesal, de cuyo escrito se dará previo traslado al solicitante de la medida por término de cinco días y se convocará a las partes a una vista sobre la solicitud de caución sustitutoria que tendrá lugar conforme a lo dispuesto en el artículo 734 de la LEC, resolviéndose por el Tribunal la cuestión en el plazo de cinco días a contar de la celebración de la misma por medio de auto contra el que no cabrá recurso alguno. En caso estimatorio la caución podrá prestarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529 de la LEC.

G) Tercerías en el caso de embargo preventivo

El artículo 729 de la LEC, establece la posibilidad de interponerse tercería de dominio en el caso del embargo preventivo, siguiendo así lo ya admitido doctrinal y jurisprudencialmente, si bien se restringe la posibilidad de interponer tercería de mejor derecho salvo que la interponga quien en otro proceso demande al mismo deudor la entrega de una cantidad de dinero, y cuyo conocimiento de las tercerías corresponderá al Tribunal que haya acordado el embargo preventivo, y estándose en cuanto a su tramitación, y en lo pertinente, a lo dispuesto en los artículos 595 y siguientes y 614 y siguiente de LEC en cada caso.