

ESTUDIOS

LAS MEDIDAS CAUTELARES: SU REGULACIÓN EN LA LEY 1/2000

MILAGROS SEBASTIÁN OTONES

Licenciada en Derecho

SUMARIO: I. Introducción.—II. Fundamento.—III. Características: 1. Jurisdiccionalidad; 2. Adopción a instancia de parte; 3. Instrumentalidad; 4. Menor onerosidad; 5. Temporalidad; 6. Provisionalidad; 7. Variabilidad.—IV. Requisitos: 1. Apariencia de buen derecho; 2. Periculum in mora; 3. Caución.—V. Clases de medidas: 1. Medidas cautelares genéricas; 2. Medidas cautelares específicas.—VI. Tramitación del proceso cautelar: 1. Jurisdicción; 2. Competencia; 3. Legitimación; 4. Postulación y defensa; 5. Solicitud; 6. Tramitación sin audiencia del demandado y su oposición; 7. Tramitación con audiencia del demandado; 8. Ejecución de las medidas cautelares; 9. La resolución del proceso; 10. Modificación y alzamiento; 11. Sustitución de las medidas por caución; 12. Daños y perjuicios.—VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares vienen recogidas en el Libro III, artículos 721 a 747 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil de una manera sistemática, respondiendo así a la necesidad, reiteradamente demandada desde todos los sectores de la doctrina, de una regulación total que abandonase la caótica situación normativa del anterior texto procesal, en el que no existía otro epígrafe relativo a esta materia que el Título XIV del Libro II, y fue como consecuencia de la reforma llevada a cabo en la Ley de Enjuiciamiento Civil en 1984 cuando se introdujo el artículo 1.428, dentro de la Sección dedicada al aseguramiento de bienes litigiosos y con finalidad de utilización subsidiaria para aquellos supuestos de insuficiencia normativa. En dicho artículo se contemplaba cualquier medida que, según las circunstancias, fuese necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia, sin especificar a que tipo de sentencia se estaba refiriendo ni precisar la clase de medidas, de ahí que se les acuñara con el término de «innominadas».

La situación práctica a que condujo dicho precepto de carácter abierto, fue a una duplicidad de regulaciones, en la que se mantuvo la dispersión normativa anterior. Así encontramos regulaciones sobre esta materia en la Ley Hipotecaria, Ley de Propiedad Horizontal, Ley de Patentes y Marcas, Ley de Sociedades Anónimas, Ley de Arbitraje, etc.

Finalmente cabe mencionar la existencia de otras instituciones procesales afines a las medidas cautelares, como las de aseguramiento de la prueba, que pueden consistir en la conservación de cosas o situaciones que, de no mediar la cautela, podrían llegar a frustrar la práctica de la prueba; las diligencias preliminares, encaminadas a preparar el proceso posterior; los procesos sumarios, que otorgan una tutela rápida y provisional en sí mismos, sin depender del proceso principal, como el caso de los alimentos provisionales y, finalmente, la ejecución provisional, cuyos actos consisten en una verdadera ejecución, basada en un título ejecutable que no goza del carácter de firme.

II. FUNDAMENTO

El inicial fundamento de la tutela cautelar está en la tramitación misma del proceso, es decir, en el lapso de tiempo que transcurre desde que éste se inicia hasta que se dicta sentencia de fondo, durante el cual pueden acontecer situaciones que lleguen a dificultar e incluso a impedir su ejecución. Así, con fines de conservación y aseguramiento se concibió esta institución, como instrumento para paliar el peligro que representa el transcurso del tiempo para el desarrollo del proceso y para la efectividad de la futura sentencia.

Desde esta concepción de las cautelas, con la adopción de las mismas se produce un adelanto de la actividad ejecutiva durante la litispendencia, sin que a través de ellas el actor pueda obtener más de lo que obtendría con la ejecución forzosa, ni suponer la anticipación total de la ejecución, dado el aforismo «*nulla executio sine titulo*», pues en el proceso declarativo, el título ejecutable no es otro que la sentencia de fondo, en tanto que la resolución mediante la que se acuerdan las medidas cautelares, se limita a un conocimiento breve y rápido de los hechos y a verificar la existencia del derecho afirmado y de la posible amenaza que para su ejercicio supondría la duración del proceso principal.

Se exige, por tanto, homogeneidad entre las medidas adoptadas y la ejecución forzosa, pero no identidad entre ellas, como así se recoge en la STC 39/95: «*siendo uno de los caracteres de las medidas cautelares la homogeneidad con las medidas ejecutivas, es decir, el que anticipan en parte los efectos de la decisión final; resulta evidente que no cabe acordar cautelarmente medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final*».

La concepción tradicional de las medidas cautelares se presentaba insuficiente y no protegía aquellas situaciones en las que era necesaria la anticipación total de la tutela reclamada en un proceso, en particular en aquellos en los que, con independencia de la conducta adoptada por el demandado durante la litispendencia, el peligro objetivo radica en la propia tardanza en su desarrollo, produciéndose con ello situaciones irreversibles que la sentencia, una vez dictada, no puede remediar. Este es

el caso de los procedimientos sobre derecho a la intimidad, al honor, a la propiedad intelectual, etc.

De ahí, que estas situaciones aludidas requieran las llamadas medidas cautelares anticipatorias o innovativas, mediante las que se obtiene una tutela provisional o cautelar, en tanto se decide el proceso, que garantiza la plena efectividad del derecho del demandante una vez obtenida la sentencia de fondo.

Por lo expuesto, desde amplios sectores de la doctrina se ha venido reclamando la necesidad de que las medidas cautelares ampliaran su tutela más allá de los meros procesos declarativos de condena, y fueran directamente enfocadas a garantizar la efectividad de la futura sentencia estimatoria, pasando a la actual concepción de la tutela cautelar, estrechamente ligada al derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24 de la Constitución Española, considerándose al proceso cautelar como un proceso en sí mismo y diferente del declarativo y del ejecutivo.

A ello ha contribuido sin duda alguna la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha considerado en reiteradas resoluciones, a la tutela cautelar como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, cabe citar la STC 148/93: *«la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos, reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del procedimiento futuro que recaiga en el proceso»*.

En cuanto a su naturaleza jurídica, puede afirmarse que las medidas cautelares son derechos de naturaleza procesal que se ejercitan frente al demandado o futuro demandado en un proceso principal, a través de un proceso cautelar que tiene sustantividad propia mediante el que la pretensión es sólo el aseguramiento de la efectividad del derecho declarado en la futura sentencia de fondo que se dicte en dicho proceso .

III. CARACTERÍSTICAS

1. Jurisdiccionalidad

Las medidas cautelares relacionadas con procesos judiciales o arbitrales sólo pueden ser acordadas mediante resolución dictada por un órgano jurisdiccional.

2. Adopción a instancia de parte

Conforme al principio dispositivo que rige en el procedimiento, el tribunal no puede adoptar medidas cautelares de oficio, sin perjuicio de lo dispuesto para los procesos especiales.

Así, el artículo 721 LEC establece: *«1.—Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare. 2.—Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se dis-*

ponga para los casos especiales. Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas».

Por tanto, la adopción de la medida está limitada, para el tribunal, a su solicitud por la parte que en el futuro será demandante de un proceso principal, y al carácter de la medida solicitada, ya que no podrá acordarse otra distinta a la solicitada, salvo que supusiera un gravamen inferior para el demandado.

3. Instrumentalidad

Las medidas cautelares tienen como finalidad exclusiva hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare, como así dispone el artículo 726 1.1.^a: *«Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente».* Es decir son accesorias de un proceso principal. Así, el decaimiento de éste lleva consigo el de aquéllas.

Esta regulación viene a responder a la doctrina del Tribunal Constitucional, que mantiene la instrumentalidad de las medidas cautelares. En tal sentido cabe citar la STC 218/94: *«la finalidad constitucionalmente protegida de las medidas cautelares no es otra que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial...»*

4. Menor onerosidad

La Ley se decanta por una interpretación restrictiva de la onerosidad, que ha de ser la mínima posible, de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Así, el artículo 726.1.2.º LEC establece que el tribunal podrá acordar como medida cautelar cualquier actuación directa o indirecta que tenga, además de la instrumentalidad, la característica de *«no ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado».*

Se requiere proporcionalidad entre el derecho aducido por el solicitante y su incidencia en la esfera jurídica o patrimonial del demandado, en cuanto a que sea exclusivamente conducente a hacer posible la futura sentencia estimatoria, evitando así perjuicios innecesarios para el mismo.

Sobre este punto surge la duda acerca de la resolución que ha de adoptar el tribunal si, solicitada por el actor la adopción de una medida cautelar, aquél considera que reúne los requisitos legales pero la misma podría producir un excesivo gravamen para el demandado. Teniendo en cuenta que el propio tribunal no podría de oficio acordar otra medida distinta a la solicitada, considero que tampoco podría denegar la solicitud, pues ello impediría al actor una nueva petición de la medida bajo las mismas circunstancias que concurrían en el momento de solicitar la anterior. Por ello, en este caso el procedimiento de su tramitación, necesariamente habría de ser el previsto en

el artículo 734 LEC, con audiencia de las partes, que más adelante tendremos ocasión de exponer.

5. Temporalidad

La temporalidad deriva directamente del propio fundamento de las medidas cautelares, cual es el de cubrir el periodo de tiempo existente entre la interpelación judicial y su resolución. En este sentido, las medidas cautelares no pueden durar más tiempo que el proceso principal.

Así, recoge el artículo 731.1 LEC: *«1.—No se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley. Transcurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuvieren adoptadas. Tampoco podrá mantenerse una medida cautelar si el proceso quedare en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida. 2.—Cuando se despache la ejecución provisional de una sentencia, se alzarán las medidas cautelares que se hubieren acordado y que guarden relación con dicha ejecución».*

Son por tanto los límites temporales del mantenimiento de la medida cautelar la finalización del proceso por sentencia absolutoria o auto equivalente (cuando la sentencia sea condenatoria habrán de transcurrir veinte días desde su notificación al ejecutado, durante los que habrá que solicitar la ejecución) y el despacho de ejecución provisional de una sentencia, siempre y cuando ésta tenga idéntico objeto que la cautela adoptada.

En cuanto a la suspensión del procedimiento por tiempo superior a seis meses por causa imputable al solicitante, entiendo que está referido tanto a supuestos de suspensión acordada por el juez a petición de parte, existiendo por tanto una resolución jurisdiccional, como aquellos otros supuestos de paralización del proceso por simple inactividad del solicitante de la medida.

6. Provisionalidad

Esta característica está íntimamente relacionada con las notas de instrumentalidad y temporalidad. Así se establece el alzamiento de la medida como consecuencia de la sentencia absolutoria, renuncia de la acción o desistimiento de la instancia, según dispone el artículo 745 LEC: *«Firme una sentencia absolutoria, sea de fondo o en la instancia, se alzarán de oficio todas las medidas cautelares adoptadas... Lo mismo se ordenará en los casos de renuncia a la acción o desistimiento de la instancia...».*

Entiendo que a la sentencia absolutoria están equiparados a efectos de la provisionalidad de la medida cautelar adoptada, los autos que pongan fin al proceso, como son los de desistimiento y renuncia (art. 20.3), la transacción (artículo 19.2), el allanamiento (art. 21) o la satisfacción extraprocésal (art. 22) y, en general, todos aquellos que respondan al poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso.

7. Variabilidad

Esta nota es consecuencia de la finalidad perseguida con la adopción de las medidas cautelares y, por tanto, producida una variación en los hechos o en las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción, podrá solicitarse su modificación, conforme se recoge en el artículo 743 LEC: «*Las medidas cautelares podrán ser modificadas alegando, probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas...*».

Se infiere que además de alegar y probar los nuevos hechos o circunstancias, opera el límite de la menor onerosidad para el demandado, pues además, esta característica permite que sea el propio demandado el que inste la modificación que viene acordada.

IV. REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. La apariencia de buen derecho

Este requisito exige que el Tribunal, en un juicio provisional y de cognición limitada, tenga elementos suficientes para considerar que la pretensión solicitada pueda ser estimada.

El requisito de la apariencia del buen derecho aparece recogido en el artículo 728.2 LEC, que establece: «*El solicitante de medidas cautelares también 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*».

Esta apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, es un requisito de naturaleza no procesal, sino de derecho sustantivo, y por ello tiene que ser alegado y acreditado, sin que sea suficiente su mera afirmación para la obtención de la cautela.

Como puede observarse, la Ley opta por la preferencia de la justificación documental, pero sin descartar otros posibles medios de prueba; aunque en este aspecto habrá de observarse cierta cautela por el tribunal para evitar la práctica de prueba relacionada directamente con el proceso principal y que pueda prejuzgar el mismo, ya que en modo alguno se permite la prueba anticipada.

En el proceso cautelar, como proceso en el que se desarrolla una cognición limitada, habrá de observarse cierta restricción en la admisión de prueba. Respecto a este requisito no existe gran diferencia entre la nueva Ley y la anterior, ya que para justificar la apariencia de buen derecho tradicionalmente se exigía la prueba por escrito, exigencia que se mantiene aunque matizada con la aparición de cautelas especiales y con la admisión de pruebas distintas a la documental.

2. El *periculum in mora*

Este requisito viene representado por la justificación del peligro o riesgo de daño que recae sobre el actor por el hecho del transcurso de un periodo de tiempo neces-

rio para obtener una sentencia de fondo, durante el cual el demandado puede llevar a cabo una actividad encaminada a hacer ilusoria la eficacia de la futura sentencia que se dicte en su contra.

Este requisito viene recogido en el artículo 728.1 LEC, que establece: «*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 impidiesen o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria*».

Lo que determina el *periculum in mora* no es el periodo de tiempo para desarrollar el proceso y obtener una sentencia, sino la probabilidad de que el demandado, durante ese tiempo, lleve a cabo actos que imposibiliten la efectividad de una eventual sentencia estimatoria.

Es importante la alusión que se hace a la sentencia estimatoria en lugar de condenatoria, como venía redactado en el Anteproyecto de la Ley, toda vez que ello da lugar a la posibilidad de adopción de medidas cautelares en aquellos procesos meramente declarativos, en los que no hay condena.

No se puede establecer un catálogo cerrado de posibles riesgos, pues se trata de un peligro en abstracto, pero si pueden citarse algunos:

- En los procesos en que se persiga una condena pecuniaria, el riesgo vendría dado por la probabilidad de que el demandado se colocase en situación de insolvencia.
- En los procesos en que se pretenda una condena a entregar cosa específica, por la posibilidad de que el demandado realice actos encaminados a hacer irreivindicable la cosa a entregar.

Para la acreditación del *periculum in mora* hay que entender que bastaría simplemente que el solicitante pusiera de manifiesto y justificara la concurrencia de posibles dificultades o impedimentos para llevar a efecto la futura sentencia estimatoria.

El límite establecido para alegar el peligro de demora es que a través de la medida cautelar solicitada se pretenda alterar determinadas situaciones de hecho que durante un periodo largo de tiempo vinieron siendo consentidas por el solicitante, excepto que justificare los motivos por los que tales medidas no han sido solicitadas con anterioridad.

3. La caución

Denominada también contracautela, tiene como finalidad asegurar los daños y perjuicios que podrían ocasionarse al demandado en el caso de obtener éste una resolución favorable, toda vez que en el proceso cautelar se produce una colisión de intereses: de un lado el del actor, encaminado a asegurar la efectividad de una futura sentencia estimatoria, y de otro el del demandado a no sufrir perjuicio alguno, si la sentencia fuera desestimatoria. Al tratarse de un requisito general de las medidas cautelares, es exigible en todos los supuestos, salvo que expresamente en alguno de ellos se disponga lo contrario.

El requisito de la caución viene recogido en el artículo 728.3 LEC, que señala: *«Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado».*

En el auto en que se acuerde la adopción de la medida habrá de determinarse el tipo de caución exigida, así como la cuantía, forma y plazo de prestación. Una correcta interpretación nos llevará a colegir que la no prestación de tal caución no impediría la adopción de la cautela, pues aquella es un presupuesto para su ejecución.

El tribunal habrá de tener en cuenta para determinar la suficiencia de la caución, la naturaleza y contenido de la pretensión que se ejercite. Así se hace referencia en la Ley a la valoración que realice el tribunal sobre el fundamento del buen derecho, como así señala igualmente el párrafo segundo del artículo anteriormente citado: *«El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida».* Este último aspecto no se entiende muy bien, ya que para la adopción de medidas cautelares, en primer lugar se ha de tener en cuenta si concurren los requisitos del peligro de demora y de la apariencia de buen derecho, y caso de que así sea, se accede a la adopción de la misma, teniendo en cuenta la menor onerosidad para el demandado. Es en este momento donde se exigiría la prestación de la caución por parte del actor, para poder ejecutar la medida solicitada.

La finalidad de la caución exigida al peticionario de la cautela es asegurar el resarcimiento rápido y efectivo al demandado por la intromisión que la adopción de tal medida ha supuesto en su patrimonio. Estas consecuencias dañosas de la cautela vendrían referidas a determinadas posturas del demandante, que pueden determinar su responsabilidad por daños y perjuicios, pudiendo darse tal situación en los siguientes casos: la no presentación de la demanda o su presentación extemporánea, cuando la medida haya sido adoptada con anterioridad a la presentación de aquella, conforme al artículo 730.2 LEC; por estimarse la oposición a las medidas cautelares adoptadas sin la previa audiencia del demandado, habiéndose dictado auto conforme al artículo 742 LEC, y por dictarse sentencia absolutoria

La nueva Ley establece distintas posibilidades en cuanto a la forma para prestar caución, al remitirse al párrafo 2.º del apartado 3 del artículo 529 LEC, que establece: *«La caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate».*

V. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

En la regulación de las medidas cautelares que realiza la nueva Ley, en un primer plano se pueden distinguir dos clases de medidas: las patrimoniales, contenidas en el Título VI del Libro III y las personales, recogidas dentro de los procesos especiales referidos a capacidad de las personas e internamientos, procesos de filiación y procesos matrimoniales.

Por lo que al presente trabajo se refiere, vamos a centrarnos en las medidas de carácter patrimonial, diferenciando de un lado las medidas genéricas y de otro las específicas.

1. Medidas cautelares genéricas

Se hace referencia a ellas, sin determinarlas expresamente, en el artículo 726.1 LEC, en el que se dispone: *«El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación directa o indirecta, que reúna las siguientes características: 1.ª ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en cualquier eventual sentencia estimatoria... 2.ª no ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz...»*

Estas medidas genéricas, que siempre han de recaer en bienes y/o derechos del demandado, suponen un sistema abierto, por cuanto permite adoptar como cautela cualquier actuación directa o indirecta, por lo que será el tribunal en cada caso el que, con los límites señalados en los apartados 1 y 2 del propio artículo, determine su adopción.

Junto con las anteriores se prevé otro tipo de medidas, también genéricas, pero que consisten en órdenes o prohibiciones de contenido similar a la pretensión deducida en el proceso principal. A ellas se refiere el artículo 726.2 LEC: *«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».*

Estas últimas tienen una extensión más restringida, por cuanto que, a diferencia de las que recaen en el ámbito patrimonial del demandado, se adoptan con carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento. Esto quiere decir que su duración puede ser menor que la tramitación del proceso principal, ya que pueden alzarse antes de recaída sentencia, si concurriesen determinadas circunstancias; también pueden modificarse y ser sustituidas por otras cautelas, tanto por las que supongan órdenes o prohibiciones como por otras de carácter más específico; finalmente este tipo de medidas también pueden otorgarse de manera condicionada a una determinada situación jurídica, pudiendo tratarse de una condición suspensiva o resolutoria

2. Medidas cautelares específicas

El artículo 727 LEC recoge, a título ejemplificativo, una serie de medidas cautelares, señalado en algunos casos el supuesto de hecho que contemplan, sin que ello suponga que si las mismas son las más adecuadas, puedan amparar otros supuestos de hecho, pues hay que recordar una vez más el carácter abierto y flexible con el que se ha diseñado la tutela cautelar en la nueva Ley.

- *El embargo preventivo de bienes*

Viene recogido como primera medida en el artículo 727 LEC, del siguiente tenor literal: *«El 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. Fuera de estos casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado».

Su finalidad viene encaminada principalmente a asegurar ejecuciones dinerarias; aunque resulta igualmente aplicable al aseguramiento de la ejecución de sentencias de condena a entregar frutos, rentas o cosas fungibles que puedan ser computables; cabe por tanto interpretar que comprende cantidades de dinero tanto líquidas como ilíquidas.

El embargo preventivo viene configurado como medida común, susceptible de aplicarse a cualquier supuesto de hecho, pues además de lo dicho anteriormente, también puede ser acordado para asegurar sentencias de condena a hacer o no hacer, a dar cosa específica, garantizando en estos casos el equivalente pecuniario en que se transforman dichas obligaciones, caso de no ser cumplidas en sus propios términos, siempre que dicha medida resulte la más idónea y de menor perjuicio para el demandado.

En el embargo preventivo se admite la tercería de dominio y la de mejor derecho, en las condiciones establecidas en el artículo 729 LEC: *«En el embargo preventivo, podrá interponerse tercería de dominio, pero no se admitirá la tercería de mejor derecho, salvo que la interponga quien en otro proceso demande al mismo deudor la entrega de una cantidad de dinero».*

- *La intervención o administración judicial de bienes productivos*

Está prevista en el artículo 727.2.^a: *La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda 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 pudiere recaer».*

Se ha de distinguir según la medida vaya encaminada a prevenir el riesgo de que el demandado haga descender la productividad de cosas o bienes litigiosos sujetos a un proceso posesorio o reivindicatorio, siempre que tales bienes sean susceptibles de intervención o administración, como puede suceder con una explotación. En estos casos, la medida estaría destinada a asegurar ejecuciones de condena a entregar cosas específicas.

Por otro lado, se prevé igualmente esta medida para aquellos supuestos de hecho en los que la productividad aparezca como único bien susceptible de asegurar la efectividad de una sentencia de condena pecuniaria. En estos casos la connotación de los bienes productivos sería similar a la de empresa, entendida ésta como conjunto de bienes productivos, destinados a un determinado fin.

- *El depósito de cosa mueble*

Recogido en el artículo 727.3.^a LEC: *«El depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado».*

Exige, por tanto, como requisito que el bien mueble cuyo depósito se pretende se encuentre en posesión del demandado, e igualmente que se trate de una cosa litigiosa, sometida a una acción reivindicatoria o posesoria, pudiendo concurrir con la previa exhibición de la cosa. Esta medida resulta idónea para asegurar la efectividad de sentencias de condena a entregar cosas específicas.

- *La formación de inventario de bienes*

Viene determinada en el artículo 727 4.ª LEC: «*La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga*».

Se trata de una medida idónea para asegurar la efectividad de sentencias de condena a entregar cosas específicas, que pueden consistir en bienes procedentes de un determinado patrimonio o también en aquellas cosas en que se solicite la división judicial de patrimonios, y también otras que consistan en una obligación de hacer, como la de rendir cuentas. Puede concurrir con esta medida la de exhibición de documentos.

- *La anotación preventiva de la demanda y otras anotaciones registrales*

Contenidas en los apartados 5.º y 6.º del artículo 727 LEC: «*La anotación preventiva de la demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros Públicos. Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución*».

Ambas permiten asegurar la efectividad de sentencias estimatorias, tanto de condena a entregar cosas específicas, como mero declarativas o también constitutivas, siempre que la acción ejercitada pueda llevar aparejada trascendencia registral.

Su finalidad consiste en proteger el riesgo que supondría la transmisión a favor de un tercero de buena fe de derechos que afecten al objeto del proceso durante la litispendencia de éste.

La efectividad de la anotación preventiva de la demanda tiene una eficacia limitada, toda vez que no impide la enajenación del bien litigioso, pero protege al solicitante frente a posibles terceros adquirentes del mismo.

Dentro de otras posibles anotaciones en Registros, diferentes a la demanda, podemos citar las consistentes en prohibiciones de disponer, de gravar o de enajenar, así como la de anotación de la suspensión de un acuerdo adoptado por una sociedad.

- *La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad o de abstenerse de llevar a cabo una conducta*

Estas medidas vienen recogidas en el artículo 727.7 LEC y son idóneas para asegurar la efectividad de sentencias estimatorias dictadas como consecuencia de obligaciones de no hacer. Por lo general tales medidas consistirán en una anticipación de la futura ejecución de la sentencia, toda vez que de no ser así, pudiera ocasionarse por el hecho objetivo de la pendencia del proceso, un daño irreparable que no podría remediarse con la ejecución de la futura sentencia.

La diferencia entre ambas medidas viene determinada por el hecho de que la orden de cesación presupone que el demandado está desarrollando una actividad ilícita, mientras que la orden de abstención presume que no se ha desarrollado todavía nin-

guna conducta ilícita y se le conmina a que, ante la previsión de que en el futuro inmediato pueda desarrollarla, se abstenga de llevarla a cabo.

- *Prohibición temporal de interrumpir o cesar en la realización de una prestación que se viniera llevando a cabo*

Como las anteriores, está recogida en el artículo 727.7 LEC, y se incardina como idónea para asegurar la efectividad de sentencias estimatorias dimanantes de obligaciones de hacer e, igualmente, tendrá por lo general carácter anticipatorio.

En estos casos, el interés del demandante viene determinado en que no se produzca una cesación o interrupción brusca en una prestación que se presupone lícita.

- *La intervención, depósito o consignación de cantidades*

Son medidas contempladas en el artículo 727.8 LEC: «*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*».

Tienen su antecedente en el artículo 136 de la Ley de Propiedad Intelectual, siendo su objeto asegurar la efectividad de sentencias de condena pecuniarias ligadas a obligaciones de hacer. Son medidas típicas en materia de propiedad intelectual e industrial que pretenden tutelar infracciones de tracto sucesivo.

La esencia de tales medidas consiste en sacar del patrimonio del demandado los ingresos obtenidos como consecuencia de una actividad ilícita y depositarlas en un tercero o en el órgano jurisdiccional, diferenciándose así del embargo preventivo, en el que lo embargado seguirá en posesión del demandado.

- *El depósito temporal de ejemplares de obras u objetos producidos ilícitamente, así como del material empleado para su producción.*

Tuteladas en el artículo 727.9 LEC, son medidas pensadas para supuestos de hecho consistentes en violación de los derechos de propiedad intelectual o industrial, y podrán concurrir con otras medidas citadas anteriormente, como son la cesación de actividad y la intervención y depósito de los ingresos obtenidos.

- *La suspensión de acuerdos sociales impugnados*

Están recogidas en el artículo 727.10 LEC: «*La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el 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, estuvieren admitidos a negociación en el mercado secundario oficial*».

Para la aplicación de esta medida se requiera una especial legitimación activa, consistente en que el demandante o demandantes que soliciten la misma, sean titulares de un determinado capital social de la sociedad en cuyo seno se toma el acuerdo.

Por último, se establece en el artículo 727.11 LEC que «*aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se*

estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio».

Supone una norma abierta para aquellos supuestos de insuficiencia legal que permite la aplicación de medidas cautelares distintas al catálogo contemplado en el propio artículo 727, y que resulten idóneas para asegurar la efectividad de la futura sentencia. Esta norma puede tener un alcance similar al que tenía el artículo 1.428 de la antigua LEC, y viene a derogar tácitamente todas las cautelas previstas en las leyes especiales, aún cuando no estuviesen recogidas en la Disposición Derogatoria Única de la propia Ley vigente.

VI. TRAMITACION DEL PROCESO CAUTELAR

1. Jurisdicción

En el párrafo 1.º del artículo 722 LEC se establece: *«Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte en un proceso arbitral pendiente en España o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento»*, lo que resulta una novedosa atribución de jurisdicción a los tribunales para la adopción de medidas cautelares relacionadas con expedientes arbitrales, ya que con anterioridad a esta Ley solamente se prevenían medidas cautelares en caso de que, obtenido un laudo favorable, éste fuere recurrido por el perjudicado.

En el segundo párrafo del citado artículo se dispone: *«Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte en un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles»*, lo que permite la posibilidad de que puedan solicitarse y adoptarse medidas cautelares por los tribunales españoles en aquellos supuestos de hecho en los que el proceso principal se sigue o se ha de seguir ante tribunales o árbitros de un país extranjero.

La atribución de jurisdicción en estos casos a los tribunales españoles ha de entenderse en aquellos supuestos en los que la medida cautelar haya de ejecutarse en nuestro país, de tal forma que en principio resulte más eficaz y rápido que sea el mismo órgano jurisdiccional el encargado de adoptar y ejecutar la medida cautelar. Ahora bien, se establece como requisito el que nuestros tribunales no sean competentes exclusivamente para conocer, en su caso, del proceso principal, pues de ser así el tribunal español habría de rechazar la solicitud de la medida, ya que este último requisito puede ocasionar colisión de normas.

2. Competencia

En el artículo 723 LEC se establece: *«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. 2.—Para conocer de las solicitudes relativas a medi-*

das cautelares que se formulen durante la sustanciación de la segunda instancia o de un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos».

De tal disposición se infiere que la competencia objetiva y funcional para conocer de la solicitud de medidas cautelares, vendrá atribuida a la clase de tribunal que lo sea para conocer del proceso principal planteado o que se vaya a plantear, y en el caso de que la medida se solicite en la segunda instancia o durante la tramitación de un recurso extraordinario, será competente para su adopción el tribunal que lo sea para conocer del recurso en cuestión.

Con esta innovación introducida en la Ley se hace una remisión al fuero aplicable al proceso principal, lo que redundará en la subordinación e inmediatez de los efectos de éste en la medida cautelar adoptada.

Si la medida cautelar viene relacionada con un proceso arbitral, establece el artículo 724 LEC: *«Cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia.»* Será, por tanto, objetivamente competente la misma clase de tribunal que lo fuere para conocer de la ejecución del laudo.

Tratándose de un proceso seguido ante un tribunal extranjero, el propio artículo 724 LEC en su último párrafo dispone: *«Lo mismo se observará cuando el proceso se siga ante un tribunal extranjero, salvo lo que prevean los Tratados»*; la competencia objetiva recaerá, en estos casos, sobre la clase de tribunal que hubiera de conocer de la ejecución de la medida cautelar, salvo lo que en esta materia puedan prever los Tratados.

En cuanto a la competencia territorial, viene determinada, en el supuesto de que la misma sea solicitada una vez presentada la demanda principal, en el tribunal del lugar que esté conociendo de dicho proceso principal. Ahora bien, si la medida se solicita con anterioridad a la presentación de la demanda, resultará competente el tribunal del lugar que lo fuera para conocer del futuro proceso principal y, en este supuesto, es de considerar que si hubiere dudas para establecer así la competencia, podría acudir al tribunal del lugar donde las medidas hayan de surtir efecto.

Tratándose de casos especiales, cuales son los procesos arbitrales y los seguidos ante tribunales extranjeros, la competencia territorial recaerá sobre el tribunal del lugar donde el laudo o resolución de fondo deba ser ejecutado o, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia.

Por último, hay que recordar que el tribunal debe examinar de oficio tanto su competencia objetiva como territorial, lo que no causa problema alguno en los casos en que la petición se deduce una vez iniciado el proceso principal. No ocurre lo mismo cuando la medida sea solicitada *ante causam*, según establece el artículo 725.1 LEC: *«Cuando las medidas cautelares se soliciten con anterioridad a la demanda, no se admitirá declinatoria fundada en falta de competencia territorial, pero el tribunal examinará de oficio su jurisdicción, su competencia objetiva y la territorial. Si considerara que carece de jurisdicción o de competencia objetiva, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante, de las medidas cautelares, dictará auto abstenién-*

dose de conocer y 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. Lo mismo se acordará cuando la competencia territorial del tribunal no pueda fundarse en ninguno de los fueros legales, imperativos o no, que resulten aplicables en atención a lo que el solicitante pretenda reclamar en el juicio principal»

Este es sin duda el artículo de más controvertida interpretación de todo el proceso cautelar, dada su redacción, llegándose a la conclusión de que, en cuanto a la falta de jurisdicción y de competencia objetiva, el tribunal habrá de examinarlos de oficio, y para el supuesto que considere que carece de jurisdicción o de competencia objetiva, el precepto citado establece un trámite de audiencia con el Ministerio Fiscal y el solicitante de la medida. Además, al demandado se le ofrece la oportunidad de formular la correspondiente declinatoria, conforme a las reglas establecidas en los artículos 64 y siguientes de la propia Ley.

Respecto al tratamiento de la competencia territorial, igualmente se habrá de examinar de oficio por el propio tribunal, el cual solamente se declarará competente en aquellos supuestos en que el fuero, imperativo o no en relación con el proceso principal, le atribuyera dicha competencia. En cuanto a los fueros dispositivos, establece el propio artículo 725 LEC: *«No obstante, cuando el fuero legal aplicable sea dispositivo, el tribunal no declinará su competencia si las partes se hubieran sometido expresamente a su jurisdicción para el asunto principal»*. Así, cuando conste la sumisión expresa de las partes del proceso principal a dicho tribunal, queda vedada al demandado la posibilidad de formular declinatoria en base a la competencia territorial, lo que sin duda alguna puede ocasionarle indefensión.

La gran innovación introducida por este artículo está en su apartado 2, que dispone: *«En los casos a que se refiere el apartado anterior, si el tribunal se considerara territorialmente incompetente, podrá, no obstante, cuando las circunstancias del caso lo aconsejaren, ordenar en prevención aquellas medidas cautelares que resulten más urgentes, remitiendo posteriormente los autos al tribunal que resulte competente»*. Ello supone la autorización expresa al juez para que, aunque se considere territorialmente incompetente, pueda adoptar las medidas a prevención que fueren más urgentes y posteriormente remitirlas al tribunal que proceda, lo que requiere que, además del carácter urgente de la situación cautelable, tal medida haya sido solicitada por el demandante, ya que según el artículo 721 LEC, al tribunal le queda vedada la posibilidad de acordar medidas de oficio.

3. Legitimación

La legitimación activa para solicitar la adopción de medidas cautelares, como señala el artículo 721 LEC (*«...todo actor, principal o reconvenional...»*) recae sobre el actor del pleito principal en el caso de que se soliciten las medidas con la demanda principal, o después de presentada la misma, y si las mismas se solicitan con anterioridad a la presentación de la misma, estará legitimado el futuro actor de dicha demanda.

Conviene recordar que la única especialidad en cuanto a la legitimación activa es la referente a la medida cautelar consistente en la suspensión de acuerdos societarios, prevista en el artículo 727.10 LEC, en la que se requiere además de la condición de actor, que éste sea titular de un mínimo de capital social.

La legitimación pasiva recae sobre el demandado del proceso principal o, en su caso, el futuro demandado.

En los casos de reconvención es igualmente aplicable lo dicho anteriormente sobre legitimación, tanto activa como pasiva.

4. Postulación y defensa

Si las medidas se solicitan con la demanda principal, o estando ya pendiente dicho proceso principal, habrá de estarse a lo establecido por las normas sobre postulación y defensa respecto al mismo.

En cuanto a las solicitudes *ante litem*, no es necesaria la intervención de Abogado ni Procurador cuando tales medidas tengan carácter urgente, aunque en este sentido habrá de interpretarse restrictivamente el término «urgentes», ya que en todo caso la no necesidad de postulación y defensa será referida exclusivamente a la solicitud inicial de las medidas, no así a su posterior tramitación.

5. La solicitud

El proceso cautelar, regido por el principio dispositivo (se inicia y se tramita a instancia de parte; el tribunal no podrá acordar una medida más gravosa que la solicitada y el desistimiento, renuncia o inactividad del solicitante es causa de su alzamiento) y por la brevedad de su tramitación.

Dicha solicitud habrá de ser escrita y formulada con precisión y claridad, y adoptar la forma y estructura similar a la demanda. A este escrito se acompañarán los documentos que la apoyen y, en su caso, se pedirá la práctica de los medios probatorios que permitan acreditar la apariencia del buen derecho, el peligro de demora y los demás presupuestos requeridos para la adopción de la medida cautelar solicitada, y, finalmente, se ofrecerá la constitución de caución, proponiendo y justificando el tipo y la cuantía de la ofrecida.

En cuanto al momento para solicitar la adopción de medidas cautelares, esta solicitud puede realizarse: junto con la demanda principal, *ante causam*, es decir, con anterioridad a dicha demanda, y, finalmente, también pueden interesarse una vez ya iniciado el proceso principal, según determina el artículo 730 LEC: «1.—Las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal. 2.—Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide, alega y acredita razones de urgencia o necesidad. 4.—Con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso sólo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos».

La forma ordinaria y más habitual es la solicitud de las medidas cautelares junto con la demanda principal, por lo que no se le exige ningún requisito distinto a los generales; en cuanto a la solicitud anterior a la demanda principal, se exige, además de los requisitos generales, que acredite las razones de urgencia o necesidad que le lleven a formular la petición con dicha antelación; y en cuanto a la solicitud posterior a la presentación de la demanda, es la más restrictiva por cuanto solo se admitirá que la

medida solicitada se funde en hechos y circunstancias que puedan justificar su petición en ese momento.

Además, a las medidas cautelares solicitadas y adoptadas *ante causam* se les impone un límite temporal, por cuanto que el propio artículo 730.2 LEC previene: «*En este caso, las medidas que se hubieren acordado, quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquellas en los veinte días siguientes a su adopción. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen y revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las cosas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.*» Supone esta disposición una prevención al solicitante de las medidas en este momento, para que tenga conocimiento de que las medidas así acordadas tendrán una duración máxima de veinte días, durante los cuales habrá de formular la demanda principal, y, apercibiéndosele de que, además de que tales medidas y sus efectos serán revocados de oficio por el tribunal, le serán impuestas las costas del procedimiento cautelar y deberá responder por los daños y perjuicios ocasionados al demandado con la adopción de tal medida.

A la solicitud de medidas se acompañaran los documentos que apoyen su pretensión y justifiquen los requisitos para la adopción de las mismas. Existe un supuesto especial de solicitud, cuando la medida cautelar solicitada consista en la prohibición o cesación de actividades ilícitas, ya que, según el artículo 732.2 LEC, «... *también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes y ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud*». En este único caso los documentos que la parte demandante no pudiera aportar, serán sustituidos por el resultado de los informes e investigaciones que con carácter urgente practique el propio tribunal, si bien cuando la parte haga uso de esta posibilidad, ya no podrá proponer prueba sobre las medidas cautelares.

Se trata de un caso excepcional limitado a los supuestos en que en el proceso principal se persiga la prohibición o cesación de actividades ilícitas, suponiendo una gran novedad el hecho de que dentro del propio proceso cautelar se introduzca la posibilidad de practicar diligencias preliminares para la comprobación de hechos y obtención de información sobre determinada actividad mantenida por el futuro demandado. Estas diligencias se practican sin audiencia del mismo en base a la especial situación de peligro que pesa sobre el derecho del solicitante.

6. Tramitación del proceso sin audiencia del demandado. La oposición

La regla general queda establecida en el artículo 733.1 LEC: «*el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado*», pero el propio artículo, en el párrafo 2 señala: «*No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla 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 acordarla sin oír al demandado*».

Dado que en materia cautelar ha de observarse, como en todo procedimiento, el principio de contradicción de las partes, el hecho de que la medida sea adoptada *inaudita parte*, limitado a los casos en que concurren razones de urgencia, no ataca dicho principio ni es causa de indefensión para el demandado, por cuanto que el trámite de audiencia establecido con carácter general, queda diferido al trámite de oposición que el mismo puede formular y que más adelante tendremos ocasión de exponer.

El auto en que se acuerde la adopción de medidas cautelares sin audiencia del demandado no es susceptible de recurso alguno, según establece el artículo 733.2 -último párrafo, si bien el demandado podrá, en el término de los veinte días siguientes a su notificación, formular la correspondiente oposición, conforme al artículo 739 LEC-.

Dicha oposición, pese a que la Ley lo silencia, deberá formularse por escrito y con estructura similar a la demanda, dada su naturaleza procesal conforme al artículo 740 LEC, que previene: «*El que formule oposición a la medida cautelar podrá esgrimir como causas de aquella cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia, requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias de la medida o medidas efectivamente acordadas, sin limitación alguna*». Se trata, por tanto, de aducir las razones fácticas o jurídicas que puedan desvirtuar los motivos de urgencia que fueron alegados por el solicitante de la demanda, de poner de manifiesto la falta de los requisitos exigidos para la cautela, bien sean éstos generales o específicos de la medida acordada, o bien oponerse al tipo de medida o a la extensión con que la misma se adoptó, o poner de manifiesto otros hechos que debieron tenerse en cuenta en el momento de la concesión. También en dicho escrito el demandado podrá ofrecer caución sustitutoria.

Tras el escrito de oposición, el artículo 741 regula un breve procedimiento que consiste en, una vez dado traslado del escrito de oposición al solicitante de la medida, la convocatoria de las partes a una vista, que se desarrollará en la forma prevista en el artículo 734 LEC, en la que rige el principio de concentración de actos y durante la que podrán practicarse las pruebas que las partes soliciten y el tribunal estime pertinentes, sin que ninguna de tales pruebas pueda determinar el conocimiento del fondo del proceso principal, sino sólo aquellos que permitan justificar o destruir la necesidad de la cautela; tras la celebración de la misma y en el plazo de cinco días, el tribunal resolverá mediante auto sobre la estimación o desestimación de la oposición. Se establece en el artículo 741.3 LEC que contra dicho auto podrá interponerse recurso de apelación, que no tendrá efecto suspensivo, lo que parece indicar que este precepto solamente está pensado para medidas cautelares solicitadas en primera instancia, pues no se entiende la admisión del recurso de apelación cuando las medidas sean solicitadas y resueltas en ese sentido en la segunda instancia o en un recurso extraordinario.

En dicha resolución podrá acordarse la desestimación de la oposición, en cuyo caso se mantendrán las medidas cautelares acordadas y se condenará al opositor en las costas de la oposición. También podrá estimar la misma, en cuyo caso se acordará el alzamiento de las medidas, condenará en costas al solicitante de las mismas y además al pago de los daños y perjuicios que la adopción de tales medidas hubiera ocasionado al demandado.

7. Tramitación del proceso con audiencia del demandado

Como ya hemos indicado, la regla general es que el proceso cautelar se tramite con audiencia del demandado, y ésta se desarrollará conforme a lo previsto en el artículo 734 LEC: *«1.—Recibida la solicitud, el tribunal, mediante providencia, salvo los casos del párrafo segundo del artículo anterior, en el plazo de cinco días, contados desde la notificación de aquella al demandado, convocará a las partes a una vista, que se celebrará dentro de los diez días siguientes... 2.—En la vista, actor y demandado podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares. También podrán pedir, cuando sea necesario para acreditar extremos relevantes, que se practique reconocimiento judicial, que, si se considerare pertinente y no pudiere practicarse en el acto de la vista, se llevará a cabo en el plazo de cinco días. Asimismo, se podrán formular alegaciones relativas al tipo y cuantía de la caución. Y quien debiere sufrir la medida cautelar, podrá pedir al tribunal que, en sustitución de ésta, acuerde aceptar caución sustitutoria conforme a lo previsto en el artículo 746 de esta Ley».*

Como podemos observar, el acto de la vista se rige por los principios de concentración y celeridad, ya que en el mismo existe una fase alegatoria y otra que podríamos llamar probatoria, vedada a aquellos aspectos que puedan incidir sobre la determinación definitiva de los hechos objeto de la demanda principal, admitiéndose la posibilidad de proponer toda clase de medios probatorios, siempre que resulten pertinentes y puedan practicarse en el propio acto, con la excepción del reconocimiento judicial, que podrá practicarse en los cinco días siguientes.

Asimismo el apartado 3 del citado artículo 734 LEC establece: *«Contra las resoluciones del tribunal sobre el desarrollo de la comparecencia, su contenido y la prueba propuesta 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 comparecencia, en el recurso contra el auto que resuelva las medidas cautelares».*

8. La resolución del proceso

Una vez celebrada la vista, el tribunal en el plazo de cinco días resolverá mediante auto sobre la adopción o denegación de las medidas cautelares solicitadas.

En el primero de los casos establece el artículo 735.2 LEC: *«2.—Si el tribunal estimare que concurren todos los requisitos establecidos y considerare acreditado, a la vista de las alegaciones y las justificaciones, el peligro de la mora procesal, atendiendo a la apariencia de buen derecho, accederá a la solicitud de medidas, fijará con toda precisión la medida o medidas cautelares que se acuerdan y precisará el régimen a que han de estar sometidas, determinando, en su caso, la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse caución por el solicitante».*

Contra el auto en que se acuerde la adopción de medidas cautelares cabe interponer recurso de apelación sin efectos suspensivos, conforme al párrafo 2.º del artículo 735.2 LEC, y contra el auto que deniegue la medida podrá interponerse recurso de apelación, con tramitación preferente, según el artículo 736.1 LEC.

9. Ejecución de la medida cautelar

Una vez dictado el auto adoptando la medida solicitada, se procederá a su ejecución, siendo requisito previo, para cualquier acto de la misma, la efectiva prestación de caución por parte del actor, conforme establece el artículo 737 LEC, pronunciándose el tribunal sobre la idoneidad y suficiencia de su importe, conforme a lo acordado en el auto antes aludido.

Después de cumplimentado el requisito anterior, el tribunal, de oficio, procederá a la ejecución de la medida, siguiendo las pautas establecidas por la Ley para la ejecución forzosa, con las especialidades previstas en el artículo 738 LEC, a saber: *«1.-Acordada la medida cautelar y prestada la caución se procederá, de oficio, a su inmediato cumplimiento, empleando para ello los medios que fueran necesarios, incluso los previstos para la ejecución de las sentencias»*. Rigen, por tanto, las normas generales aplicables para la ejecución de sentencias, cuyos actos quedarían limitados a los precisos para la medida concreta acordada, salvo que es el propio tribunal de oficio el que debe proceder a la ejecución.

En el propio artículo, de manera precisa y clara, que no hace necesaria interpretación alguna, se especifican los actos de ejecución que corresponden a algunos tipos de medidas:

a) si se acordó como medida el embargo preventivo, se procederá conforme a las normas establecidas en los artículos 584 y siguientes de la propia ley para los embargos decretados en el proceso de ejecución. Se establece asimismo la salvedad de que el demandado no estará obligado a la manifestación de bienes que le es exigida, según el artículo 589, en los casos de ejecución forzosa.

b) si la medida acordada fue la de intervención o administración de bienes productivos, se procederá conforme a los artículos 630 y siguientes, previstos para la administración judicial.

c) tratándose de la medida de anotación preventiva de la demanda u otras anotaciones registrales, se procederá conforme a las normas del Registro donde la misma deba llevarse a efecto.

d) cuando las medidas adoptadas consistan en la administración o depósito de bienes o derechos, las personas responsables de los mismos no podrán llevar a cabo actos de disposición o gravamen si justificaren que tal actuación es menos gravosa para el demandado que su conservación, y previamente obtienen la autorización del tribunal (art. 738.3 LEC).

10. Modificación y alzamiento

Hay que recordar que las medidas cautelares están justificadas y amparadas en determinadas circunstancias concurrentes en un supuesto de hecho; así el cambio de estas circunstancias en el momento de su concesión o en los veinte días siguientes a la resolución que así lo acordara, posibilitará igualmente su modificación, pues según establece el artículo 743 LEC, *«las medidas cautelares podrán 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»*.

Dicha solicitud de modificación podrá dirigirse al tribunal por cualquiera de las partes intervinientes en el proceso cautelar, petición que se sustanciará en la misma forma establecida para la audiencia de las partes en el artículo 734 LEC. El auto que resuelva dicha petición acordará la modificación de la medida en su día acordada, en cuanto a su extensión y tratamiento a que será sometida e igualmente se pronunciará, si procede prestar otra caución distinta y, en su caso, cuánta, forma y tiempo de prestarla.

Respecto al alzamiento de las medidas, éste deberá acordarse de oficio necesariamente por el tribunal en tres supuestos: cuando recayese sentencia absolutoria en el procedimiento principal, cuando la parte demandante desistiera de la misma o renunciara a la acción, conforme al artículo 745 LEC, que establece: «*Firme una sentencia absolutoria, sea en el fondo o en la instancia, se alzarán de oficio todas las medidas cautelares adoptadas y se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 742 respecto de los daños y perjuicios que hubiere podido sufrir el demandado. Lo mismo se ordenará en los casos de renuncia a la acción o desistimiento de la instancia*».

Asimismo podrá acordarse el alzamiento cuando hubiera recaído sentencia absolutoria en primera o segunda instancia y contra la misma se hubiere interpuesto recurso de apelación, o en su caso de casación. En este caso el alzamiento previsto en el artículo 744.1 LEC ya no es inmediato, por cuanto que ofrece al solicitante de la medida la posibilidad de obtener su mantenimiento o adopción de medidas distintas, para lo cual habrá de oírse a la parte contraria, sin que se establezca ningún procedimiento al respecto: «*Absuelto el demandado en primera o segunda instancia, el tribunal ordenará el inmediato alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, salvo que el recurrente solicite su mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta y el tribunal, oída la parte contraria, atendidas las circunstancias del caso y previo aumento del importe de la caución, considere procedente acceder a la solicitud mediante auto*».

Lo que sí parece tener carácter imperativo para el tribunal en este caso es el aumento de la caución en su día prestada, para el caso de que se acuerde mantener la medida cautelar una vez obtenida sentencia absolutoria no firme.

Finalmente y, aunque fuera del precepto también podrá acordarse el alzamiento de las medidas si hubiere recaído sentencia condenatoria y se solicitare su ejecución provisional o si el proceso principal quedare en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida, y finalmente cuando se despache ejecución provisional de una sentencia, respecto de aquellas medidas cautelares que guarden relación con dicha ejecución (artículo 731 LEC)

11. Sustitución de la medida por prestación de la caución

Se trata de una garantía pecuniaria prestada por el demandado frente al que se ha solicitado y le ha sido impuesta una medida cautelar, que permite no la extinción de aquella, sino su sustitución por otra que le resulte menos gravosa y que igualmente asegure la efectividad de la sentencia futura.

Previene el artículo 746 LEC: «*1.-Aquel frente a quien se hubieren solicitado o acordado medidas cautelares podrá pedir al tribunal que acepte, en sustitución de las*

medidas, la prestación por su parte de una caución suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare».

Sobre este punto cabe interpretar que en aquellos supuestos en los que la medida cautelar consista en el embargo preventivo, acordado para asegurar la efectividad de una sentencia de condena pecuniaria, no habrá normalmente problema en admitir la sustitución. En cambio, el problema puede plantearse en los casos de las medidas anticipatorias o innovativas, como las consistentes en órdenes de cesación o prohibición de actividades ilícitas, cuando la sustitución de la medida por la caución permita la continuación de la actividad ilícita; e igualmente se pueden presentar problemas en los casos de medidas adoptadas para asegurar la efectividad de sentencias de condena a entregar cosa específica.

La caución sustitutoria puede solicitarse en el acto de la vista o bien en el escrito de oposición a la medida cautelar solicitada, y también, aunque el artículo citado no lo prevea expresamente, en cualquier momento posterior, cuando la medida ha sido ya adoptada, si sobrevinieren graves perjuicios patrimoniales o económicos derivados de la misma

La breve tramitación de la solicitud de sustitución viene contemplada en el artículo 747 LEC: *«1.—La solicitud de la prestación de caución sustitutoria de la medida cautelar se podrá formular conforme a lo previsto en el artículo 734 o, si la medida cautelar ya se hubiese adoptado, en el trámite de oposición o mediante escrito motivado, al que podrá acompañar los documentos que estime convenientes sobre su solvencia, las consecuencias de la adopción de la medida y la precisa valoración del peligro de la mora procesal. Previo traslado del escrito al solicitante de la medida cautelar, por cinco días, se convocará a las partes a una vista sobre la solicitud de caución sustitutoria, conforme a lo dispuesto en el artículo 734. Celebrada la vista, resolverá mediante auto lo que estime procedente en el plazo de otros cinco días».*

Al auto resolutorio de la petición de caución sustitutoria se le otorga un tratamiento distinto según el momento en que se realice, por cuanto que si esta petición se formula en el acto de la vista o durante la oposición, se resolverá en el auto que acuerde o deniegue las medidas. Contra el mismo cabe recurso de apelación, en tanto que el artículo 747.2 LEC implícitamente se está refiriendo a solicitudes deducidas en un momento posterior. Y contra el auto no cabe recurso alguno, lo que resulta incomprensible por cuanto que se aparta de la norma general del proceso cautelar.

12. Daños y perjuicios

Son casos que pueden determinar la responsabilidad del solicitante de la medida por daños y perjuicios:

a) la no presentación de la demanda o su presentación extemporánea, cuando la medida haya sido adoptada *ante litem*, conforme al artículo 730.2 LEC.

b) por estimarse la oposición a las medidas adoptadas *inaudita parte* conforme al artículo 741.

c) por dictarse sentencia absolutoria del demandado, según el artículo 745.

El procedimiento para determinar los daños y perjuicios es el establecido en los artículos 712 y siguientes de la Ley, previsto para la liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BELLIDO PENADES, R.: «Notas sobre la tutela cautelar en el ámbito del derecho de la competencia (del Borrador al Anteproyecto LEC) «Presente y futuro del proceso civil», Ed. JM Bosch, Barcelona 1998.
- CALDERÓN CUADRADO, M. P.: «Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil», Ed. Civitas, Madrid 1992.
- CUCARELLA GALIANA, L. A.: «Organo jurisdiccional competente en materia cautelar en el Anteproyecto de LEC (Presente y futuro del proceso civil)», Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1998.
- JOVÉ, M. A.: «Medidas cautelares innominadas en el proceso civil», Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1995.
- MARTÍN PASTOR, J.: «La nueva regulación de las medidas cautelares en el Anteproyecto de LEC y la anotación preventiva de demanda del artículo 42.1.º de la Ley Hipotecaria»-Tribunales de Justicia núm. 7,1998.
- MUÑOZ SABATÉ: «Medidas cautelares y arbitraje en el Anteproyecto de LEC (Presente y futuro del proceso civil)», Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1998.
- ORTELLS RAMOS, M.: «El procedimiento cautelar en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (Presente y futuro del proceso civil)», Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1998.
- RUIZ MORENO, J.M.: « Algunas dudas que plantea la prestación de fianza en relación al otorgamiento de la tutela cautelar civil», La Ley núm.4.713, 1999.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, B.: «Las medidas cautelares en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», Tribunales de Justicia 1999/5.
- VÁZQUEZ SOTELO, O.: «La configuración de las medidas cautelares en el Anteproyecto de LEC. (Presente y futuro del proceso civil)», Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1998.