

TRABAJO FIN DE
ESTUDIOS.
LAS MEDIDAS
CAUTELARES EN EL
PROCESO CIVIL.

THE PRECAUTIONARY
MEASURES IN THE CIVIL
PROCESS.

Este trabajo recoge de forma sistemática los aspectos fundamentales relativos a la regulación de las medidas cautelares en nuestro sistema procesal civil.

This essay aims to collect the fundamental aspects related to precautionary measures in our civil procedure system.

Esperanza Garcia Oliver.

Grado en Derecho.

Dirección: M^a del Carmen Senés Motilla.

Septiembre 2018.

ÍNDICE

SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	3
I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	5
III. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: LA TUTELA CAUTELAR COMO CONTENIDO IMPLÍCITO DEL ARTÍCULO 24.1 DE LA CONSTITUCIÓN.....	9
IV. LA TUTELA CAUTELAR EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO CIVIL.....	11
1. Principios que rigen el principio del proceso.	
2. Principios que rigen la tramitación del proceso.	
V. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.....	15
1. Caracteres de las medidas cautelares.	
2. Competencia jurisdiccional.	
3. Presupuestos para la adopción de medidas cautelares.	
3.1 . <i>Fumus boni iuris</i>	
3.2 <i>Periculum in mora</i>	
3.3 La prestación de caución por parte del actor.	
4. Catálogo de medidas cautelares del artículo 727 LEC.	
5. Procedimiento.	
6. Oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia del demandado.	
7. Modificación y alzamiento de las medidas cautelares.	

8. Caución sustitutoria.

VI.	MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL.....	31
VII.	LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA TUTELA CAUTELAR EN LA LEC.....	33
VIII.	CONCLUSIONES.....	36
IX.	BIBLIOGRAFÍA.....	37

SIGLAS Y ABREVIATURAS.

- C.E..... Constitución Española.
- C.E.D.H..... Convenio Europeo de Derecho Humanos.
- D.U.D.H..... Declaración Universal de Derechos Humanos.
- E.E. M.M..... Estados Miembros.
- L.A.J..... Letrado de la Administración de Justicia.
- L.E.C..... Ley de Enjuiciamiento Civil.
- T.J.U.E..... Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- U.E..... Unión Europea.
- Y ss..... Y siguientes.

I. INTRODUCCIÓN.

“El tiempo preciso para hacer Justicia no puede perjudicar al que la pretende” (Giussepe Chioventa).

Este estudio tiene como fin último realizar una recopilación, análisis e interpretación de la regulación en nuestro sistema procesal de las medidas cautelares como instrumento cuya función principal es dar una solución eventual ante los riesgos que pudieren derivarse por la duración misma del proceso principal.

Para ello, serán objeto de análisis aspectos sustanciales del ordenamiento jurídico así como las interpretaciones que la doctrina y los especialistas han dado a la regulación de las medidas cautelares en la LEC.

Los puntos introductorios del trabajo están enfocados al análisis particular de aspectos fundamentales del derecho procesal en el caso de las medidas cautelares. Como punto de partida, la definición de medidas cautelar nos permite acercarnos o delimitar el marco teórico general en el que las medidas cautelares tienen su razón de ser. Junto a ésta, analizaré en primer lugar el carácter constitucional de la tutela cautelar para pasar, a continuación, al estudio de la configuración de las medidas cautelares como instrumento procesal en relación con los principios que informan el proceso en sí.

Una vez concretados aspectos teóricos del instrumento cautelar se ha realizado un estudio en profundidad del derecho sustancial recogido en la LEC referido a las medidas cautelares siendo objeto del mismo aspectos conceptuales, aspectos definitorios de las medidas cautelares y aquellos relativos al procedimiento en general.

De forma independiente se afronta lo relativo a la adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral. Procedimiento que la propia ley determina como especial y que regula en preceptos específicos cuyo contenido se analiza.

Por último, es objeto de este trabajo el examen de algunas resoluciones del TJUE en materia de cláusulas abusivas en contratos entre consumidores y profesionales, en concreto: respecto a tres procedimientos de cláusulas suelo, relativas a preceptos concretos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el desarrollo de los puntos enunciados previamente trataré de reflejar en toda la extensión del trabajo la importancia de las medidas cautelares dentro de nuestro sistema procesal civil y del sistema en general.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Antes de afrontar el concepto y la naturaleza jurídica de las medidas cautelares objeto de este estudio he de precisar el contexto en que van a ser analizadas. Empezaré, por tanto, haciendo una breve introducción acerca de aspectos esenciales del proceso civil para concluir, una vez hecho esto, definiendo el instrumento cuyo concepto analizamos y que da nombre al presente epígrafe.

El proceso civil, como todo proceso jurisdiccional, trata de dar soluciones a problemas reales de los individuos desde una perspectiva jurídica que evite ante todo la imposición de una justicia particular frente a otra; otorgando a los sujetos de derecho la posibilidad de solicitar ante un órgano judicial una tutela concreta frente a otro.

Partiendo de la base de que todo proceso tiene un objeto cuya existencia otorga sentido al mismo desde el inicio, se concreta como objeto del proceso civil la o las pretensiones de las partes en torno a las cuales va a desarrollarse la actividad procesal.

Así decimos que se trata entonces de obtener una tutela jurisdiccional concreta, de acuerdo con una pretensión que dará origen a un proceso con la finalidad de obtener una sentencia que la estime o desestime; de modo que, damos por hecho que el contenido de la sentencia está objetivamente delimitado por la pretensión que da origen al mismo.

La parte activa del proceso (demandante) lleva a cabo el ejercicio de acciones¹ frente a la parte pasiva (demandado), siendo esta la forma en que, teniendo como base una serie de hechos y alegaciones jurídicas que compondrán el cuerpo de la demanda, definen el fundamento de su pretensión.

La resolución sobre estas acciones dará lugar a sentencias de distinto tipo, según lo pretendido inicialmente. En concreto, nos encontraremos ante resoluciones meramente declarativas de derechos, constitutivas de derechos o de condena.

¹ Ortells Ramos define el derecho de acción como “un derecho subjetivo público que tiene un contenido concreto porque no se concibe como un derecho a que se realice el proceso y que se dicte una sentencia, sino como un derecho a que se preste por los órganos jurisdiccionales del Estado la tutela jurisdiccional pretendida, si se cumplen los presupuestos de los que la misma depende”. Véase: ORTELLS RAMOS, M. *Introducción al derecho procesal*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 275.

Aclarado esto podemos responder ¿Qué son las medidas cautelares? y, ¿Qué caracteres otorgan naturaleza jurídica a las mismas?

El artículo 721 de la LEC se refiere a las medidas cautelares dando una definición inicial que se debe interpretar junto con otros preceptos de la ley que, a su vez, han concretado, analizado y aclarado tanto la doctrina como la jurisprudencia de los distintos tribunales; en concreto, hace referencia a que la parte actora podrá solicitar “la adopción de las medidas cautelares necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare”. Además, el artículo 726 precisa que “El Tribunal podrá acordar como medida cautelar (...) cualquier actuación, directa o indirecta que sea exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”.

Afirmando la ley que el fin de las medidas cautelares es “asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse” es obligatorio reparar en que, si bien es cierto que la parte demandante tiene acceso a solicitar una tutela judicial concreta y derecho a obtener una resolución acorde con su pretensión, también lo es que las propias normas y principios procesales cuando son llevadas a la práctica conllevan una inevitable dilación en el tiempo del proceso y a la vez que permiten al actor solicitar la tutela, permiten que el demandado pueda llevar a cabo acciones tendentes a evitar que el demandante obtenga la tutela solicitada. Es decir, esa duración del proceso, pone en peligro la efectividad de tutela judicial solicitada por el actor.²

Frente a lo descrito en el párrafo anterior las medidas cautelares atendiendo al sentido que en su configuración les otorga la LEC, se adoptan con la única finalidad de impedir que esas dilaciones procesales, impidan a la parte actora obtener una resolución acorde con su pretensión o, de cualquier manera, la satisfacción de la tutela en que funda la misma. Es decir, el fundamento del instrumento cautelar no es otro que el riesgo que deriva de las vicisitudes de tramitación del proceso en cualquier caso.

Gimeno Sendra define las medidas cautelares como “resoluciones provisionales de prevención de las contingencias que provocan las dilaciones del proceso, solicitadas para asegurar la efectividad de la pretensión deducida y prevenir el evento de que, siendo

² ORTELLS RAMOS, M. *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 37.

estimada en la resolución judicial que pone fin al proceso, su realización pueda verse impedida o dificultada”³.

Desde el punto de vista doctrinal, Armenta Deu⁴, por ejemplo, refiere que se plantean dos frentes en torno al concepto y naturaleza de las medidas cautelares. Por un lado, atendiendo a una *concepción estricta*, es su fin asegurador lo que define al instrumento cautelar de cara a una futura ejecución forzosa; por el contrario desde una *concepción extensiva* se plantea que las medidas cautelares son “Justicia Cautelar”. Según la autora, la LEC opta por una concepción más estricta, aunque como hemos dicho con anterioridad, la doctrina no es pacífica al respecto.

Procede por tanto, dedicar un espacio al análisis del artículo 5.1 de la LEC en la medida en que reconoce que se podrá solicitar la adopción de medidas cautelares así como cualquier otra forma de tutela que la ley expresamente reconozca. Realizando una interpretación del texto entiendo que, si en el propio artículo se reconoce la posibilidad al actor de solicitar la adopción de medidas cautelares, es decir, que se reconoce de forma manifiesta ese “derecho a la tutela cautelar” aunque su configuración sea más bien abstracta de cara a materializarse, desde el punto de vista teórico, la interpretación del mismo en sentido estricto no es tan precisa en atención a la diversidad de materias y situaciones que regula la propia Ley de Enjuiciamiento Civil y que no siempre van a concluir o perseguir que el proceso concluya con una sentencia ejecutiva. Es decir, reconocido expresamente el derecho a solicitar la adopción de medidas cautelares en la LEC como una de las posibles actuaciones a ejercitar en un juicio, queda realmente lejos la opción de entender las medidas cautelares definidas exclusivamente por su finalidad aseguradora de cara a una posible “ejecución forzosa” y cabe sin duda la posibilidad de relacionar su sentido procesal y jurídico con el sentido literal que se da a la palabra cautela en un diccionario: prevenir o precaver, dar cabida de algún modo a que el recelo juegue un papel en el proceso de que se trate y se actúe en consecuencia.

En conclusión, las medidas cautelares se definen como medios de carácter procesal, en tanto que son resoluciones dictadas por el órgano enjuiciador a solicitud de parte, que como bien se establece en la propia ley tienen una innegable función instrumental en

³ GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil I. El proceso de declaración. Parte general*, Castillo de Luna ediciones jurídicas, Madrid, 2017. pág. 259.

⁴ ARMENTA DEU, T. *Lecciones de derecho procesal civil: Proceso de declaración. Proceso de ejecución. Procedimientos especiales. Arbitraje y mediación*. Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 508.

relación con el fin que persigue en sí el proceso civil, pero que, de cara a ser utilizadas a modo de instrumento, presentan una naturaleza jurídica de mayor profundidad que la mera asunción de que se definen exclusivamente con esa nota de instrumentalidad, siendo expresión de la misma las característica que la propia LEC les atribuye y que las separan o individualizan de otras actuaciones susceptibles de ser adoptadas en el proceso.⁵

⁵ BANACLOCHE PALAO, J., “La tutela ejecutiva (II) y la tutela cautelar”, en *Aspectos fundamentales de derecho procesal civil*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, págs. 411-424.

III. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: LA TUTELA CAUTELAR COMO CONTENIDO IMPLÍCITO DEL ARTICULO 24.1 DE LA CONSTITUCIÓN.

El contenido consagrado en el artículo 24 de la Constitución, reconocido también en otras constituciones europeas que sirvieron de inspiración en la redacción de la nuestra, representa un pilar fundamental en nuestra concepción de Estado de Derecho. Reconoce el “Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva” de forma general, subdividiéndose el contenido del mismo en dos apartados que establecen los límites dentro de los cuales se va a llevar a cabo el ejercicio de la potestad jurisdiccional que ostentan los Jueces y Tribunales; función reconocida en el artículo 117.3 del mismo texto.

Se trata del reconocimiento plural de una serie de derechos integrados en un sólo precepto, pero que cumple una función determinante en la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en la medida en que se establecen a modo de garantías procesales con la única finalidad de hacer posible que estos sujetos puedan acudir a la Jurisdicción como instancia decisiva para la defensa y satisfacción de los intereses que les son propios.

El primer párrafo del artículo, se corresponde con la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva mediante el acceso a la Jurisdicción, siendo manifestaciones del mismo el derecho al libre acceso, el derecho a obtener un fallo y el derecho a que el mismo se cumpla; el apartado segundo establece las garantías con que se corresponde el “debido proceso”⁶.

En relación con la materia objeto de este estudio, en concreto, interesa dilucidar en qué medida el derecho a la tutela cautelar forma o no parte de ese derecho a la tutela judicial cuya observancia e interpretación informa nuestro sistema procesal.

Ortells Ramos precisa el fundamento constitucional de la tutela cautelar analizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto. De este análisis concluimos que la tutela cautelar está contenida en el referido artículo en atención a los siguientes puntos:

⁶ BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, JUAN F., MONTILLA MARTOS, JOSE A., *Manual de Derecho constitucional, Volumen II*, Tecnos, Madrid, 2017. págs. 302-305.

En primer lugar, la tutela judicial efectiva comprende la tutela cautelar e impone al legislador el deber de regular la posibilidad de adopción de medidas cautelares por parte de los órganos enjuiciadores del Estado.

En segundo lugar, esa posibilidad de adopción de medidas cautelares no debe quedar limitada a las relacionadas con derechos fundamentales exclusivamente, sino que debe existir para la protección de cualquier derecho o interés cuya tutela se pretenda. De no ser así nos encontraríamos fuera del marco constitucional en la medida en que estaríamos ante una distinción o discriminación sin fundamento, rompiéndose además el principio de igualdad ante la actuación discriminatoria de que las medidas puedan ser adoptadas sólo en relación con la protección exclusiva de una clase de derechos.

En tercer lugar, vemos reflejado el carácter constitucional de la tutela cautelar en la medida en que la resolución judicial que resuelve sobre las mismas debe reunir los requisitos de motivación y fundamentación jurídica junto a las formalidades que se exigen constitucionalmente y por ley a cualquier resolución judicial.

Por último, ha de tenerse en cuenta que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que asiste a los ciudadanos puede verse lesionado cuando de ser desestimada la solicitud de medidas cautelares se hubiere producido o pudiese producirse en consecuencia un daño irreparable de modo que la efectividad de la sentencia que pudiera favorecer al solicitante de las medidas se vería parcial o completamente truncada⁷.

Es decir, queda en evidencia nuevamente la importancia del fin último para el que se concibe el instrumento cautelar, el aseguramiento de la efectividad de la sentencia, en relación con todos los aspectos procesales tanto sustanciales como formales que, en suma, suponen la configuración íntegra de la regulación de las medidas cautelares en nuestro sistema procesal.

⁷ORTELLS RAMOS, M., “Tutela judicial cautelar” en *Derecho procesal civil* (dir. ORTELLS RAMOS), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 786-787.

IV. LA TUTELA CAUTELAR EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL PROCESO CIVIL.

En la configuración de las fuentes del derecho de nuestro ordenamiento jurídico el artículo 1º del Código Civil enuncia que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. En concreto, en el apartado 4 del precepto se refiere el código a dichos principios como instrumentos susceptibles de aplicación en defecto de ley o costumbre pero “sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

Bien, la intención de este epígrafe es establecer una relación entre los principios que informan el ordenamiento, en concreto el proceso civil con la adopción o aplicación de las normas procesales que se contemplan en la LEC en cuanto a medidas cautelares.

Como no puede ser de otro modo como eje en torno al cual se configura el Estado de Derecho, forma parte de esos principios informadores del proceso y del ordenamiento en general, el principio de legalidad. Este principio se ve aplicado en la medida en que se regulan las medidas cautelares y las normas procesales referidas a ellas y que serán de aplicación por los Jueces y Tribunales en la forma prevista constitucionalmente, suponiendo éstas los límites dentro de los cuales se va a desarrollar la aplicación misma de la ley garantizando así la posibilidad de obtener una Justicia real.

En concreto, son de interés para este trabajo los principios relacionados con el inicio del proceso en sí, y aquellos que hacen aparición en la tramitación del mismo según vayan sucediéndose en las actuaciones las partes procesales.

1. Principios que rigen el inicio del proceso:

Frente al principio de oficialidad que informaría un proceso penal, en un proceso de Derecho privado es de rigor la aplicación del principio dispositivo en general a lo largo del procedimiento con excepción de alguna ocasión en que la ley establezca lo contrario.

El principio dispositivo permite como motor del proceso civil y atendiendo a una concepción estricta del mismo establecer las facultades de iniciación del proceso y configuración del objeto del mismo, atribuyendo el protagonismo exclusivamente a las partes. Ahora bien, ¿cómo se ve reflejado en la adopción de medidas cautelares este principio?

El principio dispositivo se manifiesta en las normas procesales en aspectos como la iniciación del procedimiento. Las medidas cautelares podrán ser solicitadas por las partes como norma general según lo establecido en el artículo 730 LEC con la demanda principal. De manera extraordinaria y cuando se justifique la necesidad de ello, se podrán solicitar previamente quedando las mismas sin efecto en caso no ser presentadas en el plazo que la ley determina o en el caso de que finalmente no sea admitida a trámite la demanda interpuesta con posterioridad. Es decir, van a ser solicitadas siempre a instancia de parte y en la demanda que inicia el procedimiento al objeto del cual se encontrará unido la medida cautelar adoptada. En resumen, y en palabras de Carnacini “este principio no es más que la continuidad en el plano procesal, de la libertad de ejercicio que el Derecho privado reconoce a sus titulares”. Es decir, es la forma de materializar de alguna manera en el proceso civil el principio que da sentido a las relaciones de Derecho privado que darán origen al propio proceso: la autonomía de la voluntad⁸.

Además y en relación con otros principios procesales, hay que mencionar el principio de justicia rogada en la medida en que el juez no podrá de oficio declarar la adopción de medidas cautelares, con independencia de lo que se establezca para los procesos especiales, ni podrá tampoco adoptar medidas más gravosas para el demandado que las solicitadas por la o las partes demandantes, límite que se impone en el apartado 2º del artículo 721 LEC.

2. Principios que rigen la tramitación del proceso.

En primer lugar, el principio de contradicción que se configura como un elemento común a todo tipo de proceso, consiste en dar la posibilidad a la persona demandada o que se encuentre expuesta o pueda estar afectada por una resolución judicial, de adoptar una posición frente a la tutela que solicita la parte demandante o frente a los hechos que se le imputan en un proceso penal.

Este principio está reconocido implícitamente en el artículo 24 de la CE dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, desde el momento en que se establece la prohibición de la indefensión y se asegura un proceso con todas las garantías. Además,

⁸ ORTELLS RAMOS, M., “Los principios del proceso, (I)” en *Introducción al derecho procesal* (dir. ORTELLS RAMOS, M.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 312-315.

es objeto de reconocimiento y protección tanto en la DUDH (artículo 10) como en el CEDH (artículos 6.1 y 3).

Pues bien, establecidas las líneas generales que se dibujan en torno al principio de contradicción, ¿es posible afirmar que el procedimiento de adopción de medidas cautelares es una excepción a la norma general que representa este principio?

En el proceso cautelar, en numerosas ocasiones la eficacia de la tutela cautelar misma se hace depender de que las medidas sean adoptadas de manera sorpresiva. Por su propia naturaleza provisional, susceptible de modificación y alzamiento, característica enunciada en el artículo 726. 2 LEC, no resulta muy lógico que frente a ellas de forma previa a su adopción se lleve a cabo esa contradicción, no al menos en aquellos casos en que la previa audiencia del demandado a efectos de oponerse a la adopción de una concreta medida pueda suponer o suponga la no efectividad de la medida solicitada. No obstante, la ley reconoce la posibilidad de oposición a las mismas de forma que la contradicción podrá llevarse a cabo antes o después de la adopción de las medidas, en atención a que los cambios circunstanciales indiquen la necesidad de mantenimiento o alzamiento de las medidas cautelares que se hubiesen adoptado⁹. Entonces, ¿de qué manera es posible entender que la adopción de las medidas cautelares puede suponer una excepción al principio de contradicción informador de un proceso civil? Será así cuando, a tenor de lo establecido en la LEC, el Juez determine que la adopción de las medidas cautelares para aquellos casos en que se acredite por parte del solicitante la urgente necesidad de la adopción de las mismas, obviando la previa oposición del demandado, procede sin más justificación que el hecho de que esa nota sorpresiva sea determinante de la efectividad de la propia medida cuya adopción se solicita.

Retomando la enumeración de principios que configuran el cuerpo del epígrafe, en segundo y último lugar, procede analizar la aparición en el proceso del principio de igualdad. Este principio se relaciona con un procedimiento judicial en un doble sentido:

El primero de ellos es sencillamente referido a la igualdad en la aplicación de la ley a los sujetos de derecho. Es decir, este principio no sólo requiere que se trate a todas las personas por igual sin distinción injustificada alguna como se reconoce en el artículo

⁹ ORTELLS RAMOS, M., “Los principios del proceso (I)”, cit. Págs.306-307.

14 del Texto Constitucional, sino que la resolución ante casos de carácter idéntico sea la misma o sustancialmente parecida.

La segunda manifestación del principio de igualdad tiene relación con la igualdad de las normas procesales que se van a aplicar a las personas que tienen intención de acceder a un proceso o que se encuentran actuando dentro del mismo.

Entiendo, o es posible entender, desde el punto de vista de la adopción de medidas cautelares a solicitud del demandante, que si situásemos el principio de igualdad en una balanza, esta tendería a inclinarse en favor del demandante en la medida en que con la aprobación de adopción de medidas cautelares estaríamos ante una suerte de proceso de ejecución de carácter provisional. Y, aunque en sí las medidas cautelares no supongan un adelanto del fallo de una futura sentencia estimatoria, si es cierto y de forma acorde a su naturaleza, que aseguran la posibilidad de que en caso de estimarse la pretensión del demandante esta estimación sea o pueda ser realmente eficaz.

Es ésta la línea en que se establecen como marco de actuación de las partes procesales en el procedimiento cautelar los principios que han de regir antes y durante el desarrollo del mismo.

V. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

La LEC hace referencia en el inciso primero de su Exposición de Motivos al derecho a la tutela judicial en forma de aspiración: “el derecho a una tutela judicial efectiva expresado en el apartado 1º del artículo 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad”; concretando que esa efectividad se consigue a través de “un conjunto de instrumentos encaminados a lograr un acortamiento del tiempo necesario para una definitiva determinación de lo jurídico en los casos concretos”.

Más allá de los motivos que inspiran una mejora legislativa en esta materia, queda lejos de la realidad que ese acortamiento del tiempo necesario para el proceso se pueda producir; o al menos, que se consiga acortar de una manera suficientemente eficaz para eliminar los riesgos que las dilaciones del proceso mismo generan. Fe de ello dan los distintos tribunales estatales que se encuentran plenamente saturados. De modo que podemos afirmar que, por el momento, no es posible eliminar del proceso civil al instrumento que en este estudio tratamos de definir, no al menos hasta que podamos afirmar y catalogar nuestro Sistema judicial y sus soluciones como inmediatos.

La LEC dedica el título VI del libro III a la regulación “De las medidas cautelares”. Antes de esta ley el sistema de medidas cautelares se caracterizaba por una dispersión normativa y un sistema irregular de cara al procedimiento de adopción de las mismas. Con esta nueva regulación, se presenta un sistema unitario en cuanto al tratamiento procesal de las medidas cautelares, con excepción de lo referente a procesos especiales, que establece las líneas procedimentales relativas a la materia cautelar sin establecer un catálogo *numerus clausus* de medidas.

Esa configuración del título VI que comprende de los artículos 721 al 747 se organiza del siguiente modo:

- Preceptos que regulan las características de las medidas cautelares y por tanto las definen.
- Preceptos relativos a la competencia jurisdiccional.
- Preceptos relativos al procedimiento de adopción de forma integral.
- Preceptos que establecen un catálogo abierto de medidas cautelares.
- Preceptos que se refieren a la adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral y en litigios extranjeros.

Procederé al análisis de estas cuestiones no sólo en este epígrafe sino en los siguientes referidos a aspectos concretos de procedimientos arbitrales.

1. Caracteres de las medidas cautelares.

Además de la nota característica de la instrumentalidad, lo que recordamos suponía que no van a ser nunca un fin en sí mismas sino que están materialmente relacionadas con la futura resolución cuya efectividad aseguran, es necesario reiterar la esencial relación que existe entre la posibilidad de adoptar una medida cautelar y el proceso subyacente al que se aplica, sin el cual esa posibilidad no existiría.

Hechos que ponen de relieve ese fin instrumental de las medidas cautelares según indica la doctrina¹⁰ se refleja, en primer lugar, en la necesidad de que sólo puedan adoptarse estando pendiente un proceso principal, como ya se ha indicado antes, pero además, en el hecho de que, de obtenerse de forma previa a la interposición de una demanda, la falta de interposición de la demanda en el plazo previsto o la no admisión a trámite de la misma, conllevará la automática extinción de las medidas cautelares que se hubiesen adoptado por razones de urgencia (Artículo 730 LEC) y en segundo lugar, en que la “vida” de las medidas terminará en el momento en que el proceso que les otorga razón de ser concluya. El artículo 726 de la LEC enuncia las características esenciales de las medidas cautelares cuyas notas distintivas son tres:

a) Idoneidad de la medida cautelar.

El texto de la ley limita la adopción de las medidas cautelares a la exclusiva intención de hacer posible la efectividad de una futura sentencia estimatoria de la pretensión del demandante o, en su caso, demandando reconvertido, con el fin de que esta posible estimación no pueda verse impedida por las situaciones que de las dilaciones naturales del proceso derivan. Es decir, que tiene que estar relacionada con el objeto del proceso en que se aplica porque su fin último es precisamente asegurar “la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare”.

¹⁰ ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal civil*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 509.

b) Proporcionalidad de la medida cautelar.

La medida adoptada pese a pretender la eficacia de la futura estimación de la pretensión y pretender del mismo modo su propia eficacia en cuanto a producir el resultado pretendido, no debe ser susceptible de ser modificada por la aplicación de una medida alternativa que, siendo menos gravosa para el demandado, produzca los mismos efectos. En este punto hay relacionar la proporcionalidad de la medida adoptada con la característica que enunciaremos a continuación y es que, incluso en caso de cambiar las circunstancias en base a las cuales se adopta la medida cautelar, aunque ya estuviese esta adoptada, si existe una menos perjudicial para el demandado debe ser modificada (Artículo 726.1. 2º LEC).

c) Variabilidad de la medida cautelar.

El artículo 726.2 enuncia que la característica de temporalidad y variabilidad de la medida adoptada, con esa susceptibilidad de modificación o alzamiento, limitan al tribunal a la posibilidad de adoptar órdenes y prohibiciones cuyo contenido sea similar al objeto del proceso pero precisamente por esa nota de provisionalidad, se prohíbe adelantar de modo alguno el fallo de la futura sentencia definitiva que se dicte.

2. Competencia jurisdiccional.

La competencia jurisdiccional para la adopción de las medidas cautelares que establece la LEC se regula en el artículo 723.

Siguiendo la estructura que el propio artículo desarrolla, haremos referencia a la competencia jurisdiccional para la adopción de las medidas cautelares en primera instancia y en segunda instancia.

En el primer párrafo del artículo se establece que, en el primer caso, la competencia se atribuye al tribunal que está conociendo del proceso principal o, en el caso que previamente hemos señalado como excepcional, es decir, de solicitarse las medidas cautelares de forma previa a la interposición de la demanda, será competente aquel tribunal que conocerá del proceso al que ésta dará lugar.

En relación al procedimiento en segunda instancia, la literalidad del segundo párrafo especifica que la competencia sobre la solicitud de las medidas cautelares en este caso

o durante la sustanciación de un recurso extraordinario, por infracción procesal o de casación, se atribuye al tribunal al que corresponda por ley el conocimiento de estos asuntos.

Precisa la ley en el artículo 724 el régimen de competencia para la adopción de las medidas cautelares en procedimientos especiales, procedimientos que serán objeto de estudio en apartados posteriores.

Los distintos autores en el estudio del tratamiento procesal que la LEC da a la competencia en esta materia distinguen en función de que la solicitud de las medidas haya sido planteada antes o después de iniciarse el procedimiento principal.

Cuando las medidas cautelares sean solicitadas con anterioridad a la interposición de la demanda, no se admitirá declinatoria que se funde en falta de competencia territorial, pero podrá el tribunal de oficio examinar su jurisdicción en el asunto, así como la competencia objetiva y territorial. Si el resultado de dicho examen concluye con la falta de competencia, tras celebrarse una audiencia con el Ministerio Fiscal y la parte solicitante de las medidas cautelares el tribunal dictará auto absteniéndose de conocer y refiriendo a las partes a aquel tribunal al que corresponda la causa. Se adoptará el mismo proceso para el caso de que la competencia territorial del tribunal no pudiera fundarse en ninguno de los fueros legales que resulten de aplicación en atención a lo que el solicitante intente reclamar en el juicio principal, con excepción de que los fueros legales tengan la condición de dispositivos y hayan sido establecido como competente ese tribunal por sumisión expresa de las partes a la jurisdicción del mismo (Artículo 725.1 LEC).

En caso de urgencia el párrafo 2º del artículo 725 prevé la posibilidad de adoptar en caso de urgencia medidas cautelares incluso siendo incompetente el tribunal al que se soliciten siempre y cuando se remitan inmediatamente después a la adopción de las mismas al tribunal que debiere conocer.

3. Presupuestos para la adopción de medidas cautelares.

De forma general el artículo 728 de la LEC establece los tres presupuestos que deben darse para la adopción de las medidas cautelares, configurándose los mismos como una condición *sine qua non* en el ejercicio del derecho a la tutela cautelar:

a) *Periculum in mora*.

En palabras de la ley solo podrán acordarse medidas cautelares si el demandante o demandado reconvertido que las solicita justifica que en la tramitación del objeto del proceso principal, de no ser adoptadas las mismas, podrían derivarse situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la sentencia en caso de que esta fuese finalmente estimatoria de la pretensión.

Es decir, el peligro como condición para la adopción de las medidas cautelares es necesario, entendiéndolo de forma abstracta en la medida en que el mismo no va a ser objeto de presunción alguna, sino que deberá ser en concreto demostrado; quedando sin sentido la adopción de las medidas si es juez o tribunal es conocedor de que el demandado que las solicita hubiere consentido de algún modo durante largo tiempo la situación de peligro que pretendía evitar.

El *periculum in mora* es, en primer lugar, la principal expresión de la finalidad que se otorga a las medidas cautelares como institución jurídica dentro del proceso; en segundo lugar, es el presupuesto a tenor del cual se va a cuestionar la efectividad de la resolución final (siempre eventualmente estimatoria de la pretensión del demandante), llevándose a cabo una evaluación y acreditación de los riesgos concretos, no sólo los derivados de la dilación procesal, que pudieran ponerla en peligro.

Respecto a los riesgos cuya demostración se exige, la ley no establece una lista concreta. Doctrinalmente se han realizado clasificaciones de los mismos, estableciéndose así una lista genérica de motivos en los cuales se pueda basar la acreditación del peligro por la mora procesal que exige el primer inciso del mencionado artículo 728 LEC¹¹:

1º) Riesgos que afectan a la posibilidad desde el punto de vista práctico de ejecución absoluta. A modo de ejemplo, pudiera ser una situación de insolvencia

¹¹ ORTELLS RAMOS, M., “Tutela judicial cautelar” en *Derecho procesal civil* (dir. ORTELLS RAMOS), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 785-805.

del demandado que al afectar de forma general a su patrimonio impedirían una futura ejecución dineraria.

2º) Riesgos que amenazan a la posibilidad práctica de una ejecución específica. Por ejemplo en el caso de que un bien inmueble cuya propiedad se reclama haya sido enajenado de algún modo y lo tenga un tercero y este a su vez lo haya vendido, se exigirá el pago del valor del bien y la indemnización que proceda por daños y perjuicios, pero la ejecución específica que se pretendía inicialmente ya no es posible.

3º) Riesgos que ponen en peligro la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad.

4º) Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia. Por ejemplo, en el caso de que una vez dictada la sentencia de incapacitación, sea imposible llevar a cabo la protección del patrimonio del incapaz porque durante la pendencia del proceso el mismo ha llevado a cabo actos tendentes a reducir su patrimonio.

5º) Por último, riesgos que supongan, por la dilación del proceso mismo, que la situación jurídica relacionada con la pretensión principal haya cambiado, y que por tanto, supondrían en si una lesión definitiva.

b) *Fumus boni iuris*.

En relación con este presupuesto de adopción partimos de la base de que en cierto modo, cuando la ley prevé la posibilidad de que se adopten medidas cautelares considera de forma provisional y sin adelantar el fallo o la resolución sobre el objeto del proceso principal, que la resolución tendrá un resultado favorable al actor. Llegados a este punto, y en la medida en que la adopción de las medidas cautelares suponen un ataque directo a la esfera jurídica de la parte demandada, es lógico entender que, igual que a la hora de iniciar un proceso se exige demostrar la existencia por parte del demandante de que es titular del derecho que supone la base de su pretensión, a la hora de establecer las medidas cautelares en un proceso civil se requiera la demostración de que el resultado favorable al mismo es probable.

La apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* como presupuesto para la adopción de las medidas cautelares en el proceso civil lo regula el párrafo segundo

del artículo 728. Literalmente el precepto requiere preceptivamente al demandante la obligación de demostrar documentalmente o mediante otros medios de prueba en el mismo escrito aquellos datos o aclaraciones tendentes a justificar que se realice un juicio provisional favorable al fundamento de su pretensión.

De nuevo la LEC no establece un catálogo de situaciones jurídicas que pudiesen resultar una base legal para el cumplimiento de este presupuesto procesal. Del mismo modo que no se establece un catálogo cerrado de medidas cautelares, siendo suficiente que las mismas encajen en las características que las definen, no establece un límite sustancial a las situaciones jurídicas en cuya virtud van a ser solicitadas.

c) La prestación de caución por el solicitante.

De forma precedente hemos hecho referencia a esa injerencia que supone la adopción de las medidas cautelares en la esfera jurídica del demandado. Pues bien, además de la exigencia de demostración del peligro respecto a la eficacia de la futura resolución, de la apariencia de buen derecho que se exigía acreditar, el solicitante de las medidas deberá en cumplimiento de lo previsto en el artículo 728.3 LEC, y salvo que no se disponga lo contrario, “prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudieran causar en el patrimonio del demandado”. Se establece así a modo de garantía una respuesta ante esa decisión adelantada y no definitiva que supone la adopción de las medidas cautelares en sí mismas.

Por último, la ley establece los aspectos que el tribunal ha de tener en cuenta a efectos de determinar la cuantía de la caución: “el tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, sobre el fundamento de la medida”.

4. Catálogo de medidas del artículo 727 de la LEC.

Para establecer los efectos con que la configuración de la ley atribuye y concreta las medidas cautelares, en términos de Ortells Ramos¹², el legislador en la LEC utiliza una doble técnica: En primer lugar, una técnica reglada que determina un conjunto de medidas que responderán típicamente a unos supuestos específicos y, a su vez, una segunda técnica potestativa en cuya virtud atribuye a los tribunales la posibilidad de establecer medidas diversas a las reguladas en atención a los presupuestos que se constaten en el caso concreto y siempre dentro de los límites o características que informan la razón de ser de la tutela cautelar como instrumento procesal: “Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares”. La LEC establece así en el artículo 727 un catálogo abierto de las medidas cautelares que se pueden adoptar en nuestro sistema procesal civil.

La doctrina¹³ clasifica las medidas cautelares en función del efecto que conllevará su adopción estructurándose esta clasificación en tres grupos:

Primero, medidas que conllevan un efecto de aseguramiento. Es decir, estas medidas van a tener la finalidad de mantener o asegurar que la situación en que se desarrolla el proceso principal se mantenga de forma que se posibilite la ejecución de la siempre eventual sentencia estimatoria resolutoria de la pretensión que conforma el objeto del proceso principal. En estos casos la injerencia en la esfera jurídica del demandado es mínima, como exige la ley en el artículo 726.

El segundo grupo, medidas que conllevan efectos de conservación de la situación existente en el momento de plantearse el litigio. Con la adopción de este tipo de medidas estaríamos dando un paso más en la escala de injerencia en la esfera personal del demandado, en la medida en que con la adopción de este tipo de medidas se confiere en cierto modo una satisfacción parcial de la pretensión inicial.

Por último, medidas cuyo efecto sea innovativo de la situación de la situación existente al plantearse el pleito. Con la adopción de esta clase de medidas, ya no estaríamos ante una situación de mera conservación de la situación inicial como protección de los intereses o derechos que sustentan el proceso principal, sino que se incluyen elementos nuevos que satisfacen situaciones que extraprocesalmente no se habían reconocido.

¹² ORTELLS RAMOS, M., “La tutela cautelar”, cit., págs. 800- 804.

¹³ ORTELLS RAMOS, M., “La tutela cautelar”, cit., págs. 800- 804

Aclarados los efectos que la adopción de determinadas medidas cautelares tienen en relación con la situación jurídica que da lugar al origen del proceso, en términos más sencillos el artículo 727 recoge las siguientes medidas cautelares:

- a) El embargo preventivo de bienes. Asegura la posibilidad de ejecutar una sentencia de condena dineraria (a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles) frente al riesgo de insolvencia del demandado.
Además, fuera de los casos que se regulan en el mismo apartado, será de aplicación esta medida cuando se estime que es la medida idónea en cuanto a su eficacia y la menor onerosidad para el demandado.
- b) La intervención o la administración judicial 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 esta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer.
- c) El depósito de cosa mueble, cuando la pretensión sea de condena a entregar la misma y esta se encuentre en posesión del demandado.
- d) La formación de inventario de bienes.
- e) Anotación preventiva de demanda, cuando esta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en registros públicos.
- f) Anotaciones registrales, cuando las mismas sean útiles para el buen fin de la ejecución.
- g) Orden judicial de cesar provisionalmente una actividad, la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una determinada conducta o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que se estuviera llevando a cabo.
- h) La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuyo cese sea pretendido en la demanda principal, así como la consignación de los ingresos o las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.
- i) El depósito temporal de ejemplares que se reputen producidos con infracción de la ley.
- j) Suspensión de acuerdos sociales impugnados, con los requisitos que en el artículo se contemplan.

- k) Otras medidas que para la protección de derechos prevean expresamente las leyes o que se consideren necesarias para asegurar la efectividad de una resolución estimatoria de la pretensión objeto del proceso principal.

Es necesario analizar, en primer lugar, la importancia de la idoneidad que se supone de una medida cautelar y, en segundo lugar, prestar especial atención a esa cláusula de cierre que se contempla en el artículo 727 en el apartado k).

¿Cuál es el sentido de traer de nuevo la nota de idoneidad que se supone de una medida cautelar? Es una cuestión fundamental entender o recordar que la solicitud de la medida debe ser puesta en relación con la pretensión que se configura como objeto del proceso principal y debe quedar suficientemente justificada su idoneidad ya que, como se ha indicado previamente, en caso contrario no debe ser adoptada. La LEC recoge una lista de medidas que se pueden clasificar según la pretensión cuyo aseguramiento pretenden. Esa clasificación varía en función de que la pretensión sea de condena (de entregar cosa genérica, de entregar cosa específica, de hacer o de no hacer), declarativa o pretensiones constitutivas. En la aplicación práctica en el proceso de adopción de medidas cautelares encontraremos evidente en numerosas ocasiones la aplicación de una de las concretas medidas que la ley prevé y que resultarán idóneas en relación con la pretensión de la parte actora. Pero, es posible que en algunos casos se tenga que recurrir a esa cláusula de cierre o a las leyes especiales para encontrar la medida idónea que sea de aplicación en relación con el objeto del proceso de que se trate. En definitiva, con esta posibilidad que establece la ley, con esa puerta abierta, se asegura que la tutela cautelar tenga sentido en su aplicación, ampliándose el abanico de posibilidades de adopción de las medidas al no establecerse como necesario un contenido concreto de la medida cautelar que se solicita y sin establecer más límites que los que el mismo texto define como configuradores del instrumento cautelar¹⁴.

¹⁴ PEREZ DAUDÍ, V., *"Las medidas cautelares en el proceso civil"*, Atelier, Barcelona, 2012, págs. 53-54.

5. Procedimiento.

El capítulo II del Título VI del libro III de la LEC es relativo al procedimiento para la adopción de medidas cautelares.

Si bien es cierto que debemos entender como una suerte de “paso 0” del procedimiento la necesidad de instancia de parte a que se refiere el artículo 721 de la LEC a tenor del cual el procedimiento de solicitud de medidas cautelares deberá ser iniciado bajo su responsabilidad, por el actor (principal o reconvertido), no pudiéndose establecer en ningún caso de oficio por el tribunal (esto sin perjuicio de lo que se disponga para procesos especiales).

a) Momentos para a solicitud de las medidas.

El artículo 730 de la LEC prevé tres momentos para la solicitud de las medidas: con la demanda principal, antes de la demanda principal o con posterioridad a la interposición de la misma.

Como regla general la solicitud de medidas cautelares se llevará a cabo en la misma demanda que dará origen al proceso (730.1 LEC)

De forma excepcional se podrá solicitar de forma previa a la interposición de la demanda la adopción de medidas cautelares, siempre que se deba y queden suficientemente acreditadas razones de urgencia. Se establece como condición que en caso de no ser admitida a trámite o de no ser finalmente presentada la demanda en el plazo de 20 días, las medidas cautelares que se hubiesen adoptado en aplicación de este régimen excepcional quedarán sin efecto y el LAJ condenará al solicitante en las costas y le declarará responsable de los daños y perjuicios que se hubiesen derivado de la aplicación de las mismas (730.2 LEC).

Por último, sólo podrá llevarse a cabo la solicitud de las medidas con posterioridad a la interposición de la demanda cuando se acrediten y justifiquen debidamente los hechos que fundan la petición tardía (730.4 LEC).

b) Accesoriedad de las medidas cautelares. Ejecución provisional y medidas cautelares.

El artículo 731.1 LEC declara la condición de instrumentalidad inherente a las medidas cautelares cuando establece que “no se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado”. No será así cuando el mismo haya terminado con sentencia condenatoria o auto equivalente “en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo que prevé el

artículo 548 LEC”; transcurrido dicho plazo, si no se hubiere solicitado ejecución se procederá al alzamiento de las mismas.

En caso de despacharse la ejecución provisional de una sentencia, se alzarán las medidas que se hubiesen acordado (731.2 LEC).

c) Requisitos de la solicitud.

Son requisitos esenciales a la hora de presentar la solicitud de las medidas cautelares la claridad y la precisión junto con la exigencia de justificar de forma precisa la concurrencia de los presupuestos que legalmente se exigen para la adopción de las medidas. Además, la ley exige que junto a la solicitud se acompañen los documentos acreditativos pertinentes o cualquier medio de prueba destinado al mismo fin. (732.1y 2 LEC).

En caso de tratarse de la solicitud de medidas cautelares cuyas demandas pretendan la prohibición o cesación de actividades ilícitas, se prevé la posibilidad de que en caso de que el solicitante no pueda acreditar lo necesario para que su solicitud sea estimada, el tribunal podrá llevar a cabo cuantas investigaciones o requerimientos sean necesarios a efectos de dicho fin. En este caso la posibilidad del solicitante de proponer prueba precluirá con la solicitud de las medidas.

En el escrito de petición habrá de ofrecerse especificando y justificando el importe que se propone, la prestación de caución por el solicitante (732.3 LEC).

d) Postulación y Representación.

El artículo 23 de la LEC establece que será preceptiva para la comparecencia en juicio la asistencia de procurador. De modo que queda establecida como regla general la asistencia obligatoria de procurador configurándose como una excepción a la misma en relación con el objeto de nuestro estudio, cuando “se solicite la adopción de medidas urgentes con anterioridad al juicio”.

El artículo 31 de la LEC hace referencia a la representación mediante abogado del siguiente modo: “Los litigantes serán dirigidos por abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto. No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado”. De nuevo se establece a modo de excepción la posibilidad de que en caso de tratarse de escritos que soliciten con carácter urgente la adopción de medidas, la firma del abogado no será prescriptiva. Es decir, no será necesaria la asistencia de procurador o abogado en los casos en que las medidas cautelares sean solicitadas de forma previa a la interposición de

la demanda. Es decir, cuando se soliciten las medidas en ejercicio de lo establecido en el artículo 730, apartado 2º.

e) Audiencia al demandado.

Como regla general, el artículo 733.1 LEC establece que previa admisión de la solicitud de las medidas cautelares por parte del solicitante, se llevará a cabo una vista para la audiencia del demandado.

Sin embargo, el segundo apartado del mismo precepto recoge la posibilidad de que, en relación con la eficacia que pretenden asegurar las medidas cautelares y que puede verse truncada en caso de conocerlas el demandado frente al que se solicitan, cuando el solicitante lo pida y acredite razones de urgencia se puedan adoptar dichas medidas sin audiencia del demandado. En relación con esta posibilidad la ley regula un procedimiento de oposición en el artículo 739 LEC. Este caso, será objeto de análisis en un epígrafe posterior.

Siempre en el caso de la regla general, recibida la solicitud el LAJ, vía diligencia, procederá en el plazo de cinco días (contados desde la notificación al demandado) a la convocatoria de las partes para una vista previa que se celebrará dentro de los diez días siguientes (734 LEC). En esta vista las partes podrán realizar cuantas alegaciones y pruebas crean necesarias para la defensa de su derecho. La resolución con que concluirá la vista no cabrá recurso alguno (734.3 LEC).

f) Auto por el que se acuerda la adopción de medidas cautelares.

Terminada la vista, el tribunal en el plazo de cinco días emitirá su decisión a través de auto respecto a la adopción de las medidas cautelares solicitadas. En caso de estimar el mismo que concurren los requisitos que la ley requiere (peligro por la mora procesal y apariencia de buen derecho), accederá a la adopción de las medidas y procederá a fijar la cuantía de la caución a prestar por el solicitante. Contra el auto que estime las medidas cabe recurso de apelación sin efecto suspensivo (735 LEC).

En caso de ser denegatoria la resolución del tribunal cabrá recurso de apelación cuya tramitación será preferente. Además el segundo párrafo del artículo 736 LEC regula la posibilidad de reiterar la solicitud de las medidas incluso cuando estas han sido previamente denegadas en caso de que se haya producido una variación en las circunstancias existentes en el momento de la petición

g) Ejecución de la medida cautelar.

Los aspectos relativos a la ejecución de las medidas cautelares están regulados en el artículo 738 LEC.

En primer lugar se establece que emitido el auto acordando la adopción de medidas cautelares y una vez la caución haya sido prestada por el solicitante, el tribunal de oficio, procederá a la ejecución de la medida empleando los medios necesarios para ello, incluyendo los instrumentos destinados a la ejecución de sentencias.

La ejecución en términos de un embargo preventivo responde a la regulación que dan a los mismos los artículos 584 y ss. LEC, con excepción a lo referente a algunas exigencias que se contemplan en el artículo 589.

Del mismo modo, establece la LEC que en caso de tratarse de una medida cautelar de anotación preventiva, el procedimiento será el que regulen las normas correspondientes a registro en que se deba llevar a cabo la anotación en el caso.

6. Oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia del demandado.

El artículo 733 LEC establece como regla general que el tribunal atenderá a la solicitud de las medidas cautelares previa audiencia del demandado.

No obstante, por los propios motivos que llevan a la solicitud de medidas cautelares, cuando el solicitante acredite la necesidad o urgencia de la adopción de las medidas, el tribunal podrá acordarlas mediante auto, sin trámite alguno en tanto. Esta resolución no es susceptible de impugnación, siendo comunicada a las partes tras la ejecución de las medidas.

Ahora bien, el artículo 739 LEC prevé la posibilidad de oponerse a las medidas cautelares que se hubiesen adoptado sin audiencia del demandado en el plazo de 20 días contados desde que se llevase a cabo la notificación del auto.

Respecto a las causas de oposición no establece la ley limitación alguna en el artículo 740. Se contempla eso sí, la posibilidad del demandado de ofrecer caución sustitutoria.

Desde el punto de vista procedimental, el LAJ dará traslado del escrito de oposición al solicitante y emplazando a las partes para la vista; celebrada esta, el tribunal decidirá en el plazo de cinco días. En caso de mantenerse las medidas el opositor será condenado a

las costas procesales que hubiesen derivado de la oposición; si las alzare, el condenado al pago de las costas sería el solicitante.

La resolución sobre la oposición es susceptible de ser apelada sin efecto suspensivo (741 LEC).

Una vez el auto que resuelva la oposición devenga firme, el demandado tendrá la posibilidad de solicitar la indemnización por daños y perjuicios que hubiesen derivado de la adopción de las medidas acordadas siendo responsable del pago el solicitante de las mismas (742 LEC).

7. Modificación y alzamiento de las medidas cautelares.

Como la propia configuración de la ley les otorga, las medidas cautelares materializan su nota de variabilidad con la posibilidad de ser modificadas, si las circunstancias lo requieren, o incluso de ser alzadas.

Como se regula en el artículo 743 de la LEC, las medidas cautelares podrán ser modificadas o alzadas cuando se prueben hechos y circunstancias que en el momento de la solicitud no concurrían.

La ley distingue entre el alzamiento de la medida tras sentencia no firme (744 LEC) y el alzamiento de las medidas en caso de sentencia firme absolutoria (745 LEC).

En el primero de los casos, cuando el demandado sea absuelto en primera o segunda instancia, el LAJ ordenará el alzamiento de las medidas si el recurrente no hubiese solicitado el mantenimiento de las mismas o incluso la adopción de una medida cautelar diversa en tanto que se tramita el recurso pertinente. En caso de estimación parcial de la demanda, oída la parte contraria el tribunal decidirá mediante auto sobre el mantenimiento, alzamiento o modificación de las medidas cautelares acordadas.

En el segundo caso, cuando la sentencia absolutoria sea firme, ya sea en el fondo o en la instancia, las medidas cautelares que hubieren sido adoptadas serán objeto de alzamiento y se llevará a cabo cualquier acción tendente a la indemnización que la adopción de las medidas hubiere causado al demandado. A efectos de concretar esas “acciones tendentes a la indemnización” de los daños y perjuicios que la adopción de las medidas cautelares objeto de alzamiento hubieren causado al demandado, he de referirme a lo dispuesto en el artículo 742 de la LEC regulador de la “exacción por daños y perjuicios” que establece que una vez devenga firme la resolución procederá el demandado por la vía que establece el artículo 712 de la LEC a la determinación de los daños que hubiere producido la

adopción de la medida cautelar revocada; y, una vez determinados se requerirá el pago de los mismos al solicitante de la medida, procediéndose, en caso de que no pagarlos voluntariamente, a la exacción forzosa de los mismos.

8. Caución sustitutoria.

En el apartado referente a la oposición a las medidas cautelares sin audiencia del demandado se ha hecho referencia a la posibilidad que la ley da al mismo de ofrecer caución sustitutoria.

La caución sustitutoria permite a aquel frente a quien se hayan adoptado las medidas cautelares prestar una caución suficiente (a juicio del tribunal) para asegurar el mismo fin que pretendiese la medida adoptada, es decir, asegurar la eficacia de la eventual sentencia estimatoria de la pretensión del demandante que pudiere dictarse (746 LEC). Esta posibilidad que concede la ley está relacionada con las notas que informan las medidas cautelares, en la medida en que se establece como requisito que la medida adoptada sea lo menos gravosa posible para el demandado, se concede así la posibilidad al mismo de asumir en cierto modo un papel activo en el procedimiento de adopción de las medidas cautelares superando o, teniendo la posibilidad de superar, esa limitada posición de “sujeto pasivo” que ostenta por defecto en el procedimiento cautelar.

VI. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

Dentro de los casos especiales regulados por la ley para la adopción de medidas cautelares, se regula en relación con la característica de instrumentalidad de las mismas a que se ha hecho referencia de forma precedente, la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el seno de un procedimiento arbitral.

El procedimiento arbitral es una de las soluciones que contempla el ordenamiento jurídico como alternativa a recurrir a la Jurisdicción ordinaria. En este procedimiento las partes voluntariamente van a someter la solución de los problemas que pudieren o se hubieren derivado del pacto inicial a la decisión de un tercero elegido por las mismas. Será este el que a través de la emisión de un laudo dará cierre a los problemas que tratase de resolver el procedimiento mismo en la medida en que esta resolución es de obligado cumplimiento para las partes.

La LEC regula en el artículo 722, la posibilidad de solicitar medidas cautelares para aquellos que “acrediten ser parte de convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales”. Además, regula la misma posibilidad para el caso de haber solicitado la formalización judicial a que se refiere el artículo 15¹⁵ de la Ley 60/2003, de Arbitraje; o en el caso de un arbitraje institucional si se hubiere presentado la solicitud de acuerdo con los requisitos previsto en el reglamento de aplicación al efecto.

Se regula además, no obstante lo establecido en las normas comunitarias y convenios internacionales que sean de aplicación, que “también se podrá solicitar de un tribunal español por quien acredite ser parte en un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en un país extranjero la adopción de medidas cautelares si se dan los presupuestos legalmente previstos, salvo en los casos en que para conocer del asunto principal fuesen exclusivamente competentes los Tribunales españoles”.

El artículo 724 regula la atribución de la competencia jurisdiccional en estos casos. Dicho artículo atribuye la competencia al tribunal del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en defecto del mismo, establece como fuero competencial el tribunal del lugar donde las medidas deban producir su eficacia.

En concreto la Ley 60/2003, de Arbitraje, regula en los artículos 11 y 23 lo referente a la adopción de medidas cautelares.

¹⁵ “Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello”

En concreto, el apartado 3º del artículo 11 regula la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares de forma previa a la actuación del árbitro o durante la tramitación de la actuación del mismo.

El artículo 23 regula en concreto la potestad de los árbitros y jueces de adoptar medidas cautelares si las partes no han estimado lo contrario. El mismo deberá exigir la caución necesaria para la adopción de las medidas solicitadas a instancia de una o de ambas partes y, por último, las normas de aplicación relativas a las resoluciones arbitrales sobre medidas cautelares que se regirán por las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.

Cuando nos hallemos ante un supuesto de arbitraje internacional definido en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje¹⁶, hemos de atender al lugar en que se esté celebrando el procedimiento:

Si el lugar es dentro de España, se aplicarán las normas internas de aplicación al caso. En caso de encontrarse fuera de España el lugar donde se dictare el laudo, si no es contrario a lo establecido en las normas internacionales, será de aplicación lo regulado en el artículo 23 de la Ley 60/2003 en relación a la ejecución del mismo.

¹⁶ Tendrá la consideración de arbitraje internacional aquel que cumpla los siguientes requisitos:

1. Cuando en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.
2. Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.
3. Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

VII. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA TUTELA CAUTELAR EN LA LEC.

Es objeto de este apartado el examen del Auto de 26 de octubre de 2016 del TJUE¹⁷ en materia de cláusulas abusivas en contratos entre consumidores y profesionales.

Primero corresponde afirmar que las cuestiones prejudiciales que resuelve el TJUE en esta materia, son cuestiones de interés para este estudio por estar directamente relacionados con el artículo 721 de la LEC.

En concreto nos encontramos en la tramitación de tres litigios independientes en las que los demandantes solicitan la declaración del carácter abusivo de cláusulas suelo en sus contratos de préstamo hipotecario. De forma simultánea, se ha planteado una acción colectiva destinada a la obtención de la misma tutela.

El conflicto se plantea en el momento en que se solicita por las partes demandadas el sobreseimiento de las causas particulares, a la espera de obtener una resolución definitiva de la acción colectiva. Esta petición es desestimada, recurrida y nuevamente desestimada, por entender el tribunal que, en caso de suspender o sobreseer esos procedimientos particulares, se perjudicaría a los consumidores en la medida en que quedarían vinculados por lo resuelto para la acción colectiva incluso sin que alguno de ellos hubiese suscrito la demanda y tomado parte en el proceso colectivo.

En relación con este asunto, cabe plantear dos cuestiones: en primer lugar: ¿Tienen los jueces españoles los instrumentos necesario para cumplir con lo exigido por el Derecho comunitario en esta materia? En segundo lugar: ¿Es manifiestamente contraria la regulación de la tutela cautelar en la LEC a lo exigido por la norma comunitaria en la materia que nos ocupa?

Conviene antes de determinar las cuestiones planteadas al TJUE, hacer una mínima referencia al marco normativo que sería de aplicación en el caso que aquí se trata. En primer lugar, en el marco comunitario es de aplicación la Directiva 93/13/CEE, que regula lo relativo a las cláusulas abusivas en materia de contratos entre profesionales y consumidores. No está de más recordar que una directiva de la UE funciona como una suerte de norma marco, que establece unas bases comunes a respetar por los EEMM, pero que da un margen a los mismos para decidir la forma y el tiempo en que será regulado todo lo que contenga la directiva.

En concreto, son objeto de análisis los artículos 6 y 7 de la referida directiva que, de

¹⁷ Asuntos C-568/14 a C-570/14, acumulados.

forma general, imponen a los EEMM la obligación de velar por la defensa de los intereses de los consumidores en esta materia, imponiendo a los mismos la obligación de hacer efectiva esta protección poniendo a su disposición todos los instrumentos, medidas y actuaciones necesarias para ello.

Relativo al Derecho interno, el tribunal enuncia los artículos 43 y 721 de la LEC, siendo de especial interés en el auto el último de los mencionados.

El conflicto que se plantea es el siguiente: los artículos 6 y 7 establecen esa obligación a los EEMM de velar por el interés de los consumidores. Poniéndose en relación estos preceptos con el artículo 721 de la LEC, el TJUE debe resolver una cuestión prejudicial cuyo contenido será determinar hasta qué punto es incompatible la directiva con la LEC, que en el artículo 721, prohíbe de forma absoluta al tribunal la adopción de medidas cautelares de oficio; reduciendo significativamente los instrumentos de que dispone el órgano enjuiciador para la efectiva defensa de los derechos de los consumidores que la UE exige.

En la resolución que da el TJUE a las cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces nacionales, concluye con la afirmación rotunda de que el derecho interno de un Estado, en este caso el nuestro, que no permita la adopción de medidas cautelares o la suspensión del procedimiento individual, de oficio, a la espera de la resolución de la acción colectiva que se hubiere iniciado de forma paralela, supone una inobservancia del Derecho comunitario y por tanto una inobservancia del deber de protección a los consumidores exigido por el mismo. ¿En qué medida? Si bien es cierto que los jueces son conocedores del carácter abusivo de la cláusula en cuestión o, son conocedores del perjuicio que puede suponer para los consumidores la no adopción de determinadas medidas cautelares en tanto se tramita una acción colectiva paralelamente destinada a resolver el mismo asunto, (por ejemplo: en el caso de los procedimientos de ejecución hipotecaria para evitar que, por la falta de pago, las entidades financieras puedan instar la ejecución del inmueble sería conveniente que, de oficio, el tribunal pudiese declarar la suspensión del procedimiento), queda claro que no tienen en sus manos instrumentos suficientes para la protección que deben y que legalmente se les exige, de cara a garantizar la plena eficacia de su resolución definitiva.

En concreto, el TJUE entiende que el artículo 721.2 de la LEC no respeta el principio de equivalencia ni el de efectividad en la medida en que *“a falta de armonización de los medios procesales que regulan la adopción de esas medidas cautelares y las relaciones entre las acciones individuales y las acciones colectivas previstas por la Directiva*

93/13, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales reglas, en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, no obstante, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) ”.

Es decir, a falta de normas específicas que resuelvan esta suerte de antinomia legal, es el Estado miembro el que debe buscar una solución para que el fin que se persigue en la directiva sea efectivamente posible y efectivamente alcanzable.

En conclusión, este auto del TJUE pone de manifiesto una de las posibles modificaciones a tener en cuenta en materia de medidas cautelares en la LEC. No sólo a los efectos de asegurar el cumplimiento del Derecho comunitario, sino también con el objetivo de buscar un sistema procesal más justo, que busque soluciones reales para aquellos que soliciten una tutela jurisdiccional de parte del Estado, y que refleje que han sido sopesados, atendiendo a la realidad, los bienes jurídicos que se ponen en confrontación en un proceso como los que aquí se han analizado.

En concreto, y en relación con el tema central objeto de este trabajo, este tipo de “lagunas” o problemas que se reflejan en la práctica, ponen de manifiesto la necesidad y la importancia del instrumento cautelar dentro del sistema procesal, no sólo de cara a la defensa de los intereses de las partes implicadas en el mismo, sino con la intención de hacer real a través de la innovación y la precisión de los instrumentos de que dispone el Poder Judicial, la idea en sentido propio de la palabra Justicia.

VIII. CONCLUSIONES.

Tras analizar los aspectos fundamentales de la regulación referente a las medidas cautelares en nuestro sistema procesal civil destaco las siguientes ideas como fundamentales en la configuración de las medidas cautelares como instrumento jurídico.

1º. Es innegable la necesidad de la existencia de un instrumento como las medidas cautelares dentro de un proceso jurisdiccional; mucho más en la medida en que, si de por sí la justicia o lo pretendido en juicio no se obtiene de forma inmediata, con la saturación o falta de recursos con que trabajan los tribunales españoles se demora mucho más la resolución judicial de cualquier cuestión.

2º. Si bien es cierto que la razón fundamental para la existencia de las mismas es la función aseguradora que las caracteriza, también es necesario recordar que no es sólo esto lo que las individualiza jurídicamente, sino que en sí, suponen un reflejo más de los instrumentos que la ley regula y pone a mano de los sujetos de derecho para la defensa de los intereses y derechos que le son propios.

3º. El reflejo de esta relevancia jurídica queda manifiestamente reconocido en la medida en que la tutela cautelar se reconoce como parte del contenido implícito del Derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la CE.

4º Por último, y en atención a la forma en que están reguladas las medidas cautelares en nuestra LEC, es posible hablar de “proceso cautelar”, como indica Ortells Ramos en sus textos. Entiendo que no es posible subestimar la función principal de las medidas cautelares, no siendo obstáculo para considerar esta independencia del proceso cautelar las palabras de Calamandrei que se referían a las medidas cautelares como un “*instrumento del instrumento*”¹⁸.

¹⁸ CALAMANDREI entiende que las medidas cautelares no son nunca un fin en sí mismas, sino que sirven al instrumento principal (al proceso) para conseguir los fines para los que el mismo está diseñado.

IX. BIBLIOGRAFÍA.

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal civil. Proceso de declaración. Proceso de ejecución. Procedimientos especiales. Arbitraje y mediación.*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

BALAGUER CALLEJÓN, F; CÁMARA VILLAR, G. LÓPEZ AGUILAR, JUAN F;
MONTILLA MARTOS, JOSE A., *Manual de Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2017.

BANACLOCHE PALAO, J. y CUBILLO LÓPEZ, I. J., *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal civil*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014.

DE LA OLIVA SANTOS, A; DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I; VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho procesal civil II. Parte especial.*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2014.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal civil. El proceso de declaración. Parte General*, Ediciones jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2017.

ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, La ley, Madrid, 2000.

ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal civil*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.

ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al derecho procesal*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017.

PEREZ DAUDÍ. V., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2012.

