UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

TESIS DOCTORAL

EL DEBIDO PROCESO CAUTELAR
(APROXIMACIÓN NEOGARANTISTA A SUS NUEVAS FORMAS Y DIMENSIONES DE TUTELA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES)

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN QUE PRESENTA

JULIO PÉREZ GAIPO

PARA LA COLACIÓN DEL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

BAJO LA DIRECCIÓN DE

PROF. DR. D. MANUEL LOZANO-HIGUERO PINTO
CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL DE
LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

PROFª. DRA. DÑA. MARÍA AMPARO RENEDO ARENAL
PROFESORA CONTRATADO DOCTOR DE
LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

SANTANDER, 2017.

ÍNDICE

ABREVIATURAS……9

PLANTEAMIENTO…… 11

CAPÍTULO I. EL DEBIDO PROCESO COMO ELEMENTO CENTRAL EN EL ESTUDIO DE LOS FENÓMENOS PROCESALES Y SU APLICACIÓN AL ÁMBITO CAUTELAR…… 15

1. LA IDEA DEL DEBIDO PROCESO ……15

2. ANCLAJE CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA CAUTELAR ……24

CAPÍTULO II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE TUTELA CAUTELAR…… 29

1. TIEMPO Y PROCESO ……29

2. EL RECONOCIMIENTO DE LA TUTELA CAUTELAR COMO UNA FORMA DIFERENCIADA DE TUTELA JURIDICCIONAL ……33

2.1. Reconocimiento inicial: Wach y Chiovenda ……35

2.2 El decisivo estudio sistemático de Calamandrei ……38

2.3. La concepción divergente de ROCCO ……42

2.4. La recepción en España de la cuestión cautelar ……44

3. LA DENOMINACIÓN DEL FENÓMENO PROCESAL CAUTELAR. ALGUNAS CUESTIONES DE LÉXICO O TERMINOLOGÍA EN EL EMPLEO DE LOS TECNICISMOS……52

3.1. Las diferentes denominaciones acuñadas: acción, medida, proceso cautelar ……53

a) Acción cautelar ……56

b) Proceso cautelar ……58

c) Medidas o providencias cautelares 59

3.2. Tutela cautelar como denominación más adecuada 61

4. AUTONOMÍA E INSTRUMENTALIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR 63

4.1. El planteamiento del problema en la obra de Calamandrei 63

4.2. La posición de Chiovenda y de la doctrina siguiente 66

4.3. La doctrina española 69

4.3.1. Doctrina clásica 69

4.3.2. Doctrina contemporánea 73

4.4. La instrumentalidad y su plasmación legislativa 78

4.5 La superación de la concepción clásica de la instrumentalidad: la instrumentalidad atenuada 80

CAPÍTULO III. LOS PRESUPUESTOS DE LA TUTELA CAUTELAR 85

1. LA DELIMITACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE LA TUTELA CAUTELAR .. 88

2. LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO O FUMUS BONI IURIS 91

2.1. Delimitación del contenido del fumus boni iuris 93

2.1.1. El fumus boni iuris como cálculo de probabilidades 94

2.1.2. El fumus boni iuris como enjuiciamiento de primeras impresiones 99

2.2. El posible prejuzgamiento del órgano judicial condicionado por el fumus boni iuris 104

2.2.1. El prejuzgamiento en las medidas cautelares penales 106

2.2.2. El prejuzgamiento en la tutela cautelar civil 108

2.2.3. El prejuzgamiento en la tutela cautelar de procesos especiales 111

3. PELIGRO EN LA DEMORA O PERICULUM IN MORA 113

3.1. El peligro y sus manifestaciones 115

3.2. El daño: la ineficacia de la tutela definitiva 120

3.3. La necesidad de acreditación de los elementos del periculum in mora 122

3.4. El periculum in mora en la Ley de Enjuiciamiento Civil 124

4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO PRESUPUESTO DE VALIDEZ DE LA RESOLUCIÓN CAUTELAR EN LA TUTELA PROCESAL CIVIL 127

4.1. Planteamiento de la cuestión. 127

4.2. Aproximación al contenido del principio de proporcionalidad 129

4.2.1. Noción preliminar del contenido del principio de proporcionalidad 130

4.2.2. Virtualidad del principio de proporcionalidad en el Derecho Público 131

4.2.3. El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del TEDH 135

4.2.3. La adopción de la proporcionalidad por el Tribunal Constitucional 139

4.3. La proporcionalidad en el proceso penal: su papel esencial en las medidas cautelares personales 143

4.4. La vigencia del principio de proporcionalidad respecto de la tutela cautelar civil 153

4.5. Manifestaciones y proyecciones del principio de proporcionalidad en la normativa procesal civil 162

4.5.1. Congruencia y proporcionalidad en las resoluciones cautelares. 169

4.5.2. La infracción del principio de proporcionalidad y sus consecuencias. 174

4.6. La aplicación del principio de proporcionalidad en tutela cautelar civil por parte de los tribunales 176

4.6.1. La proporcionalidad como característica de las medidas cautelares 177

4.6.2. La proporcionalidad como requisito de las medidas cautelares 178

4.7. Consideraciones finales sobre la proporcionalidad y la tutela cautelar civil 181

CAPÍTULO IV. LAS NUEVAS FORMAS DE TUTELA: LA TUTELA ANTICIPATORIA UN PASO MÁS ALLÁ EN EL DEBIDO PROCESO CAUTELAR 185

1. LAS CRECIENTES NECESIDADES DE TUTELAS URGENTES 185

2. LA CUESTIÓN DE LA TUTELA ANTICIPATORIA EN LOS SISTEMAS PROCESALES PRÓXIMOS AL ESPAÑOL 187

2. 1. La doctrina italiana precursora de las nuevas formas de tutela. 187

2.2.1. La anticipación tutelar en la obra de Calamandrei 187

2.2.2. La continuación por la doctrina italiana ulterior 189

2.2. Origen de la expansión: la reforma del Código procesal brasileño de 1994. La extensión doctrinal por Iberoamérica y sus manifestaciones 193

2.3. La experiencia brasileña desde el Código Buzaid y su evolución conceptual 195

2.3.1. La reforma del Código Procesal brasileño de 1973 196

2.3.2. Algunas cuestiones sobre la tutela anticipatoria en el nuevo Código procesal brasileño 204

2. 4. La recepción en la doctrina y legislación argentinas 212

2.4.1. Tutela anticipatoria 215

2.4.2. Tutela autosatisfactiva 220

3. MANIFESTACIONES DE LA TUTELA ANTICIPADA EN EL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL: DE LA IMPOSIBILIDAD DE ADMITIR EFECTOS ANTICIPATORIOS A SU RECONOCIMIENTO GENERAL 228

3.1. La orientación restrictiva respecto del contenido de la tutela cautelar: asegurar la ejecución como finalidad de la misma 229

3.2. Concepción expansiva: asegurar la efectividad de la tutela definitiva 234

3.3. Reconocimiento legislativo de la tutela cautelar anticipatoria 249

3.3.1. La ambivalencia de las disposiciones generales sobre la tutela cautelar en la LEC 252

3.3.2. Formas concretas de tutela cautelar de contenido anticipatorio 257

A) Órdenes judiciales cautelares de cesación provisional..... 257

a) Carácter anticipatorio 259

b) Contenido de la medida. Diferencia con otras figuras afines 262

c) La ejecución de esta forma de tutela cautelar 268

B) Suspensión cautelar de la efectividad de acuerdos sociales. 281

a) Carácter anticipatorio y ámbito de aplicación. 282

b) Limitaciones en el acceso a la medida: la legitimación activa 288

c) Efectos de la resolución cautelar de suspensión 298

C) Algunos supuestos contenidos en Leyes especiales en relación con las nuevas realidades tecnológicas 302

a) Carácter abierto del sistema de tutela cautelar. 302

b) La tutela cautelar y las nuevas realidades de la sociedad digital 304

c) La innecesaria huida de la tutela jurisdiccional cautelar 311

CAPÍTULO V. CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR 315

1. CUESTIÓN PRELIMINAR 315

2. UNIDAD O VARIEDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS CAUTELARES 319

2. 1. El intento de crear un procedimiento cautelar unitario 320

2. 2. La existencia de especialidades por razón de la materia 323

3. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL PROCEDIMIENTO CAUTELAR . 326

4. LA PETICIÓN O DEMANDA CAUTELAR 332

5. LOS SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO CAUTELAR 337

5.1. La necesidad de audiencia a la parte cautelada 339

5.2. La excepcionalidad de la tutela cautelar inaudita altera pars 341

5.3. Oposición a la tutela acordada inaudita altera pars 348

6. MOMENTO PROCESAL DE LA SOLICITUD 351

6.1. Tutela cautelar ante causam 352

6.2. Petición de la tutela cautelar junto con la demanda 361

6.3. Petición de tutela cautelar posterior a la demanda 362

7. CONTENIDO DE LA SOLICITUD DE TUTELA CAUTELAR 365

8. LA AUDIENCIA PARA DECIDIR LA TUTELA CAUTELAR 367

9. RESOLUCIÓN SOBRE LA TUTELA CAUTELAR 371

9.1. Notas generales 371

9.2. Congruencia de la resolución con la solicitud de tutela cautelar 374

10. LA CAUCIÓN 376

10.1. Cuantía de la caución 378

10.2. Forma de la caución 381

11. EJECUCIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR 383

11.1. Nociones generales 383

11.2. Regulación positiva de la ejecución de la tutela cautelar. 386

12. IMPUGNACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR 387

13. CAUCIÓN SUSTITUTORIA DE LA MEDIDA CAUTELAR 389

14. EXTINCIÓN O MANTENIMIENTO DE LA TUTELA CAUTELAR TRAS LA SENTENCIA 391

CONCLUSIONES ……395

BIBLIOGRAFÍA ……421

ABREVIATURAS

AAP	Auto de Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Coord.	Coordinador
CPC	Codice di Procedura Civile (Italia)
CProC	Codigo de Processo Civil (Brasil)
CPCCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina)
Ed.	Edición
FJ	Fundamento Jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000
LEC/1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LP	Ley de Patentes y Modelos de Utilidad
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
ZPO	Zivilprozessordnung (Alemania)

PLANTEAMIENTO

Cosi dicasi una buona volta: tutela cautelare[1], permítasenos exclamar así, parafraseando al gran maestro del Derecho Procesal latino, CHIOVENDA, que urgía el abandono de la visión exterior o ritualista de la defensa en juicio de los derechos y la apertura del misma hacia perspectivas científicas en el estudio de la materia, iniciadas por la doctrina germánica.

Escogemos, pues, el término tutela, en lugar de medidas, no solo para señalar su autonomía científica, si fuese posible, en el proceso civil, sino también a un nuevo prisma en las relaciones entre Derecho y Proceso, del que, modestamente, en el laberinto de sombras en que ha sumido el elemento temporal al desenvolvimiento de la tutela jurídica, debe sustraerse al proceso, acudiendo y potenciando los mecanismos que la tutela cautelar ofrece.

La anterior situación de zozobra por las consecuencias de la duración temporal deberá atajarse desde una posición social-liberal. En lo civil, se requiere un papel más activo del juez para, sin romper el principio de audiencia y el de paridad de armas y, sobre todo, la imparcialidad, tutelar la posición más débil y construir un proceso liberal-social.

---

[1] Cfr. CHIOVENDA, G., *La acción en el sistema de los derechos*, trad. Sentís Melendo, Bogotá, 2011, pág. 46, en la nota 2 a su "prolusión boloñesa", donde dice «dígase, pues, de una vez: Derecho Procesal».

En el siglo XXI, la visión contextual y social del proceso[2] debe encuadrarse y enmarcarse en la concepción garantista y constitucionalista. Por ello, puede hablarse de un neogarantismo procesal.

En esta dirección, se inserta la presente investigación, que trata de establecer y fijar los requerimientos y líneas maestras que deben regular e informar una tutela cautelar para el siglo XXI. Ellos integran el sintagma *debido proceso cautelar.* Particularmente, en el proceso civil debemos caminar, bajo ese prisma y esa postura garantista, de la instrumentalidad a la autonomía.

En las páginas que continúan, trataremos de sustentar esta posición y articular nuestra investigación en nuevas consideraciones, formulando, humildemente, renovadas propuestas y conclusiones.

Con tal objeto intentaremos realizar una primera aproximación al concepto de la tutela cautelar, su consolidación como tercera especie principal de tutela judicial, distinguiendo sus caracteres definidores y diferenciadores, con especial atención a las ideas de autonomía instrumentalidad, así como a las nuevas concepciones sobre este elemento. Seguidamente, se examinarán algunos aspectos de los presupuestos cautelares, estudiando la posibilidad de incluir el principio de proporcionalidad como un presupuesto más de este tipo de tutela, tras diseccionar el contenido del citado principio.

---

[2] Vid. CAPPELLETI, M., *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, trad. Fix Zamudio, México DF, 1993, págs. 88 y 89.

A continuación, se tratará de la anticipación de la tutela y de las demás formas novedosas que, en otros ordenamientos jurídicos, se han puesto en marcha para dar respuesta a las acuciantes necesidades de tutela ágil y rápida de los justiciados, con especial atención a las experiencias brasileña y argentina. Examinaremos, adicionalmente, el contenido de las manifestaciones de tutela anticipatoria contenidas en nuestro ordenamiento procesal. Finalmente, se hará un examen de algunas de las instituciones del procedimiento contenido en la LEC para la adopción de la tutela cautelar, como vehículo para el efectivo cumplimiento de las garantías del debido proceso. Cerrarán la investigación una serie de conclusiones reasuntivas en las que trataremos de sintetizar las certezas o ideas alcanzadas en las páginas que siguen, así como las necesarias propuesta *de lege ferenda*, que hayamos considerado como oportunas o necesarias.

En consecuencia, el inicial y *parachiovendiano* –permítasenos el giro– *cosi dicase una buona volta: tutela cautelare*, en razón de este enfoque que aquí, modestamente, tratamos de articular, postsistemático, constitucional y neogarantista, podríamos apostillarlo, apodícticamente, *cosi dicase una buona volta, dovuta tutela cautelare* o, para usar la terminología más difundida, desde la consideración más amplia de aquella, *dovuto processo cautelare*, como giro copernicano en el enfoque de la materia. Así, desde un estudio clásico de las medidas cautelares, a uno renovado, y en lo posible, omnicomprensivo de la tutela cautelar, para, en pleno siglo XXI, defender decididamente, como planteamiento, a nuestro juicio, irrenunciable su concepción global, teórica

y práctica, como debido proceso (tutela) cautelar, esto es, informada y delimitada por el conjunto de garantías potenciadas e instituciones, que integran un mecanismo neogarantista razonable que aquí se adopta y postula: el justo proceso cautelar o debido proceso cautelar[3].

[3] En este sentido, la doctrina italiana, con el estribo y espuela de la reforma constitucional de 23 de noviembre de 1999, por la cual el artículo 111.1º de su Constitución afirmaba que «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge», ha elaborado importantes construcciones teóricas al respecto, en su estela constitucional garantista. Vid., *ad exemplum*, FERRUA, P., *Il giusto processso,* 3ª ed., Bologna, 2012; PROTO PISANI, A., "Il nuovo art. 111 Constituzione e il giusto processo civile", *Il Foro Italiano*, vol. 123, núm. 10, 2000, págs. 241 y ss.

CAPÍTULO I. EL DEBIDO PROCESO COMO ELEMENTO CENTRAL EN EL ESTUDIO DE LOS FENÓMENOS PROCESALES Y SU APLICACIÓN AL ÁMBITO CAUTELAR

1. LA IDEA DEL DEBIDO PROCESO

Como bien señala LOZANO-HIGUERO PINTO[4], la visión garantista constitucional del Derecho Procesal fue impulsada, de manera inicial y decisiva, por el uruguayo COUTURE. Uno de los más destacados trabajos del profesor rioplatense se inicia afirmando que pretende «mostrar en qué medida el Código de Procedimiento Civil y sus leyes complementarias son el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución»[5], aunque anteriores autores ya habían manifestado esta

[4] Cfr. LOZANO-HIGUERO PINTO, M. - *Introducción al Derecho Procesal,* Madrid, 1990, págs. 77 y 78, donde apunta, como coincidente y paralelo del enfoque de COUTURE, a CALAMANDREI.

[5] Vid. COUTURE, E. J. "Las garantías constitucionales del proceso civil", *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vol. I, Buenos Aires, 1979, pág. 19. Naturalmente, este no es el único autor que ha advertido tal relación entre Constitución y Proceso, pero sí, o al menos puntero, es pionero en ello. Otro reflejo de esta idea, que podemos encontrarla manifestada en la ciencia procesal de los más diversos países, la hallamos en DE ARAUJO CINTRA, A. C.; PELLEGRINI GRINOVER, A.; DINAMARCO, C. R., *Teoría Geral do Proceso*, 13ª ed., Sao Paulo, 1997, págs. 78 y ss., donde afirman que «é inegável o paralelo existente entre a disciplina do proceso e o regime constitucional em que o processo se desenvolve […]. Todo o direito procesual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional […],

relación como, por ejemplo, GOLDSCHMIDT, cuando, refiriéndose al proceso penal, en apariencia más sensible a las tensiones ideológicas, señaló que «los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución»[6].

---

que garante a distribuiçao da justiça e a declaraçao do direito objetivo, que establece alguns principios processuais […]. Mas além de sus pressupostos constitucionais, comuns aa todoso os ramos do direito, o direito procesual é fundamentalmente determinado pela Constituçao».

En nuestro país, quizá desde una perspectiva un punto maximalista, RAMOS MÉNDEZ ha orientado buena parte de su excelente producción manualística a una "lectura constitucional" del proceso penal, donde el autor entiende que la regulación del proceso penal recae, de manera esencial, en la Constitución y su interpretación por parte del Tribunal Constitucional afirmando que «en la actualidad sería erróneo pensar que el viejo cuerpo legal es el que regula el proceso penal. Formalmente todavía es así […]. La Constitución y su proyección a través de las sentencias del Tribunal Constitucional ha sido paulatinamente penetrando en todos los sectores del ordenamiento procesal penal hasta hacer irreconocible el texto literal […] el texto legal ya no es dogma de fe, si topa con la Constitución». Vid. RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal. Segunda lectura constitucional*, Barcelona, 1991, págs. 5 y 6.

[6] Cfr. GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales del proceso*, vol. II, Buenos Aires, 1961, págs. 109 y 110. ALMAGRO NOSETE, J., en "El Derecho procesal en la nueva Constitución", *Constitución y Proceso*, Barcelona, 1984, pág. 76, apunta, aunque ello no es estrictamente cierto, pues la visión de COUTURE es precedente, el nombre de LIEBMAN, como percusor de las ideas de COUTURE, el cual, en palabras de ALMAGRO, «mantenía que el estudio de instituciones procesales no debe plantearse como el conjunto de formalidades, sino como sistema del indispensable aparato de garantías y modalidades de su ejercicio, establecido para la defensa de los derechos fundamentales del hombre».

Partimos, por tanto, de la idea de que toda Constitución, dotada ya en nuestro tiempo de verdadero carácter normativo[7], como norma fundamental afecta transversalmente a todas las ramas del ordenamiento jurídico, pero, especialmente, al Derecho procesal, por ser este el mecanismo a través del cual se encauza una de las manifestaciones de, quizá, el poder más relevante del Estado: aplicar el Derecho a cada caso concreto, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado[8]. De esta manera, las previsiones constitucionales sobre el proceso o el Derecho procesal –en feliz expresión de COUTURE, *mandamientos procesales*[9]– se convierten en un Derecho de las garantías del Derecho garante del Derecho[10], en una «ley tutelar de las leyes de tutela»[11].

---

[7] Entre nosotros, resultó de especial importancia para sostener sin dudas este carácter normativo supremo de la Constitución de 1978 la contribución de GARCÍA DE ENTERRÍA, E.*, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2ª ed., Madrid, 1982, págs. 63 y 64, *passim.*

[8] Cfr. ALMAGRO NOSETE, "El Derecho procesal…", *Constitución y proceso,* ob. cit., pág. 75. En este sentido, señala que «esta función actúa mediante el ejercicio del derecho a la jurisdicción que se desenvuelve por el cauce del proceso».

[9] Vid. COUTURE, E. J., "Interpretación de las leyes procesales", *Estudio de Derecho Procesal Civil,* vol. III, 3ª ed., Buenos Aires, 1979, pág. 47.

[10] En este sentido, ALMAGRO NOSETE, "El Derecho procesal…", *Constitución y proceso,* ob. cit., pág. 75. Debemos atribuir a CARNELUTTI la expresión, contenida también en otras obras suyas como *Instituciones del proceso civil*, 4ª ed., vol. I, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1997 (1950), pág. 22, donde señala que el proceso, como «método para la formación o para la actuación del derecho, *sirve al derecho*».

[11] Vid. LOZANO-HIGUERO PINTO*, Introducción*…, ob. cit., pág. 78.

Esta línea de pensamiento, este enfoque, en la que las garantías constitucionales deben ser la referencia esencial, eje sobre el que rota todo el entramado tutelar, es la que nos conducirá durante el examen de los problemas actuales de la tutela cautelar. La Constitución no es una mera referencia, sino que, en sí misma, entraña un conjunto de virtualidades y potencias que irradia y desborda lo meramente normativo[12]. Así, en el plano metodológico, con independencia de sus aciertos o desaciertos técnicos, la Constitución de 1978 ha tenido para el devenir jurídico y político español una serie de consecuencias transcendentales. Por tanto, referencia normativa, pero también axiológica, además de armar un entramado jurídico-institucional que, en casi cuarenta años de vigencia, ha permitido bajo su faro luminoso rellenar con su sabia vivificante los intersticios del sistema jurídico-político, salvando las lagunas y antinomias que se han ido produciendo. De tal suerte, la Constitución y las garantías son un binomio inescindible en su devenir dialéctico: quizá antes de la Constitución de 1978 se podía ser garantista sin Constitución, pero después de la misma, la ecuación es ineluctable[13].

---

[12] Cfr. LOZANO-HIGUERO PINTO, M., "Modernas tendencias actuales y nuevas perspectivas ante el nuevo siglo del Derecho Procesal Civil", *Revista peruana de derecho procesal*, núm. 3, 1999, pág. 141, señala la decisiva importancia de la Constitución como elemento que sustrae el proceso de la mera legalidad ordinaria y lo sitúa en un nuevo plano.

[13] Como señala LORCA NAVARRETE, A. M., *Estudios sobre garantismo procesal,* San Sebastián, 2009, pág. 10, la garantía procesal es un compromiso constitucional, cuya vertiente

Sin embargo, no resulta suficiente con afirmar esta postura, que puede calificarse como neogarantista, en el sentido de que es preciso dar un paso más adelante, esto es, postular una profundización en el garantismo, pero atemperándolo con el *logos* de la razonabilidad. Por lo mismo, en consecuencia, debemos precisar cuáles son y cuál es el contenido de esos *mandamientos constitucionales* al proceso, para poder determinar en qué consiste el *debido proceso* al que tantos textos hacen referencia, idea que, una vez decantada, trasladaremos a la tutela cautelar, estudiando las implicaciones y consecuencias de la misma, siempre desde la mencionada perspectiva del neogarantismo razonable.

Ya desde las primeras manifestaciones escritas de límites constitucionales al poder, encontramos referencias a elementos que podríamos considerar incluidos en el actual Derecho Procesal[14]. Sin embargo, prescindiendo de antecedentes demasiado remotos, aunque no carentes de vigencia y ánima

funcional se justifica porque se ampara en la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE.

[14] Por ejemplo, DE ARAUJO CINTRA, PELLEGRINI GRINOVER, DINAMARCO, *Teoría Geral* … ob. cit., pág. 79, quienes citan la inglesa Carta Magna de 1215 de Juan sin Tierra, donde en su sección 39 se dice que «ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos y posiciones ni posesiones, ni declarado fuera de la ley ni exiliado, ni perjudicada su posición de cualquier otra forma, ni Nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país» (traducción del texto de la Carta Magna de 1215 en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *et al.*, *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, Madrid, 1987, pág. 31.

garantista, como la Carta Magna[15], donde se imponía la necesidad de un *lawful judgement* para poder condenar a un hombre libre, y buscando antecedentes más próximos a nuestro tiempo, desde un punto de vista filosófico y político, debemos atender a la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América[16], que declara que «no podrá obligarse a nadie a que en causa criminal declare contra sí mismo, ni a perder la vida, la libertad ni la propiedad sin procedimiento legalmente establecido»[17].

---

[15] Aunque temporalmente pueda parecernos demasiado alejada, bien es cierto que la Carta Magna, en su versión de 1297, incluyendo diferentes enmiendas, sigue vigente, parcialmente en Inglaterra, incluyendo su claúsula XXIX, con la siguiente redacción «No Freeman shall be taken or imprisoned, or be disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed; nor will We not pass upon him, nor condemn him, but by lawful judgment of his Peers, or by the Law of the Land. We will sell to no man, we will not deny or defer to any man either Justice or Right». Texto disponible en el servicio en línea de acceso a la legislación del Reino Unido, legislation.co.uk, en la dirección

http://www.legislation.gov.uk/aep/Edw1cc1929/25/9/section/XXIX [Consultado el 3 de septiembre de 2013].

[16] El texto oficial y válido del *Bill of Rights* puede encontrarse en http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html [Consultada el 20 de septiembre de 2010] El inciso que aquí nos interesa dicen en inglés: «nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law».

[17] Traducción de PECES-BARBA MARTÍNEZ, *et al.*, *Derecho Positivo* … ob. cit., pág. 117.

Concretando ya cuáles son esas garantías que deben integrar el derecho al debido proceso dentro del ámbito procesal civil, debemos señalar, que nos parecen incontrovertidas las siguientes[18]:

a) El principio de indemnidad de la tutela: la necesidad de servirse del proceso no debe redundar en daño para el que tenga la razón[19].

b) La vigencia del principio de controversia (*verhandlungmaxime*), audiencia e igualdad de armas, como principio estructural esencial de todo proceso

---

[18] Cfr ALMAGRO NOSETE, J. "Garantías constitucionales del proceso civil" en *Constitución y Proceso,* ob. cit., págs. 241 y ss.; LOZANO-HIGUERO PINTO, *Introducción*…, ob. cit., pág. 82; COUTURE, "Las garantías constitucionales del proceso civil", ob. cit., págs. 63 y ss.; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª ed., Santiago de Compostela, 2010, págs. 287 y CAPPELLETTI, "Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil italiano", *Proceso, ideologías* sociedad, ob. cit., págs. 523 y ss.;

[19] Formulado por CHIOVENDA, "Sobre la *perpetuatio iurisdictionis*", en *Ensayos de Derecho Procesal Civil,* vol. II, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1949 (1923), pág. 5, y recogido por GÓMEZ ORBANEJA (*Derecho Procesal Civil,* vol. I, ob. cit., págs. 255-256) Su denominación fue acuñada por LOZANO-HIGUERO PINTO, *Constitución y proceso: el principio de imposición de costas*, León, 1987, págs. 19 y ss.; "Sobre conceptos fundamentales del proceso penal en el sistema espacio-temporal de las garantías constitucionales supranacionales" en *Estudios de Derecho Español y Europeo*, Santander, 2009, págs. 499 a 519; o en el "Prólogo" de la obra de RENEDO ARENAL, *Problemas del imputado en el proceso penal*, Madrid, 2007, págs. 21 a 36, apuntando que dicho principio ha obtenido el refrendo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 19 de junio de 1990, caso C-213/29, *Factortame*.

que permita la controversia dialéctica de las partes con el fin de que puedan defender su posición, derechos e intereses ante los tribunales de justicia[20].

c) La imparcialidad del órgano judicial que vaya a enjuiciar la causa, que deberá responder, en todo momento, a las exigencias constitucionales sobre su estatuto jurídico[21].

d) La obtención de la tutela jurisdiccional sin dilaciones indebidas, de manera que la misma no devenga en eficaz e inútil para el que inició la misma[22].

e) La eliminación de los obstáculos al acceso libre al proceso civil, tanto de naturaleza económica como de naturaleza estructural, en el sentido de que tanto la tardanza y excesiva dilación del proceso que pueden hacer ineficaz, inútil e ilusoria la tutela jurisdiccional de los derechos, así como el excesivo

---

[20] Vid. ALMAGRO NOSETE, "Garantías constitucionales del proceso civil" en *Constitución y Proceso,* ob. cit., págs. 254-256.

[21] Sobre la imparcialidad vid. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, I, 18ª ed., Valencia, 2010, págs. 101 y ss., Respecto de los mecanismos para garantizar la imparcialidad, fundamentalmente, CALVO SÁNCHEZ, M. C., "Análisis y sugerencias en torno a la regulación de la recusación en el borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil de abril de 1997", *Revista General de Derecho*, núm. 624, 1998, págs. 1769-1818; PICÓ I JUNOY, J., *La imparcialidad judicial y sus garantías*: *la abstención y la recusación*, Barcelona, 1998, págs. 37 a 43

[22] Vid. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Introducción*…, ob. cit., págs. 289 y ss., sobre los criterios desarrollador por el TEDH para la apreciación de la infracción del proceso sin dilaciones indebida.

coste del mismo, disuadan a los justiciables a participar en el mismo, especialmente cuando sus medios económicos son más precarios[23].

f) La afirmación del principio dispositivo y la necesaria iniciativa de parte para la adopción de decisiones judiciales que socaven la esfera jurídica y patrimonial de otra persona[24].

g) La posibilidad de emplear los medios de prueba al alcance de las partes, de manera que audiencia no sea un mero trámite sino una posibilidad real y efectiva de defender los derechos[25].

---

[23] Cfr. CAPPELLETTI, Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil italiano", *Proceso, ideologías, sociedad*, ob. cit., págs. 545 a 549, donde examina el costo del proceso y su diuración como dos obstáculos a la garantía del debido proceso. Del mismo autor, sobre el acceso de las capas más pobres de la población a la Justicia, vid., "aspectos sociales y políticos del proceso civil", *Proceso, ideologías, sociedad,* ob. cit., págs. 70 – 73. Las dificultades de acceso de algunos sectores, económicamente desfavorecidos, a la jurisdicción ya fue criticada por MENGER, A., *El Derecho civil y los pobres*, trad. Posada, Granada, 1998 (1890), págs. 143 a 149.

Los obstáculos económicos de naturaleza tributaria al acceso al proceso fueron denunciados, en su momento por BENTHAM, J. *Una protesta contra las tasas judiciales*, trad. Rubio de Urquía, Cizur Menor, 2013 (1816), pág. 135, por tratarse de tasas sobre la aflicción que gravaban a aquel que pretendía acudir a los tribunales para reintegrar su patrimonio. Posteriormente, CALAMANDREI, P. "El proceso bajo el peso del fisco", *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Sentís, Buenos Aires, 1961, pág. 340.

[24] Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, vol. I, 8ª ed., Madrid. 1979, págs., 213 y ss. Sobre la necesidad de estos principios para la constitucionalidad de la tutela cautelar en la doctrina italiana, vid. TARZIA, G. "Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza", *Studi in onore di Enrico Allorio*, vol. II, Milano, 1989, págs. 1129 y 1130.

[25] Vid. PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1996, págs. 35-36.

2. ANCLAJE CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA CAUTELAR

Al plantearnos cuál puede ser el anclaje constitucional de la tutela cautelar, debemos partir de una necesaria diferenciación: los números primero y segundo del art. 24 CE responden a objetivos distintos y deben de ser diferenciados, especialmente, debido a su diversa función.

Para algunos[26], las medidas cautelares aparecerían como elemento necesario para asegurar la ejecución de eventuales y futuras sentencias y, por lo tanto, la eficacia de la jurisdicción, siendo esta idea una de las formas en las que se manifiesta o materializa el contenido al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE[27].

Por el contrario, dentro de la plétora de garantías procesales que recoge el segundo de los párrafos del art. 24.2, la garantía de un proceso sin dilaciones indebidas supone, para el Tribunal Constitucional, establecer una «razonable dimensión temporal del procedimiento necesario para resolver y ejecutar lo resuelto, pero no se refiere a la posibilidad de acceder a la jurisdicción, ni a la obtención práctica de

---

[26] Cfr. SAAVEDRA GALLO, P. en SAAVEDRA GALLO, P. (Coord.) Sistema de garantías procesales, Madrid, 2008, págs. 122 y 123.

[27] Como señala RAMOS ROMEU, F., *Las medidas cautelares civiles: un análisis jurídico-económico*, Barcelona, 2006, pág. 89, una «primera postura, francamente mayoritaria, afirma decididamente la existencia de un derecho a una tutela judicial cautelar, integrado dentro de la órbita del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE».

una respuesta jurídica a las pretensiones formuladas» (STC 324/1994, de 1 de diciembre, FJ 2º). Las medidas cautelares, por su parte, tienden precisamente a garantizar, al menos de manera provisional, la eficacia de la resolución final que se emita en tal proceso, pero no tienen como objetivo evitar esas dilaciones indebidas, sino de paliar las posibles repercusiones de cualquier prolongación del proceso en el tiempo –ya sea debida, por la necesaria dimensión y extensión temporal del proceso, ya sea indebida— en la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en su caso. Dicho de otra manera, mediante la tutela cautelar se trata de asegurar la efectividad de la resolución jurisdiccional definitiva, sin necesidad que existan, o no, dilaciones indebidas en la tramitación o ejecución del proceso, pues uno de los presupuestos para su adopción es el peligro por la mora la duración natural del proceso, sin requerir la indebida dilación del mismo[28].

En consecuencia, el anclaje y fundamento constitucional de las medidas cautelares se encuentra en el derecho fundamental reconocido a que la tutela judicial (*recte:* jurisdiccional) otorgada por los órganos

[28] ORTIZ PRADILLO, J. C., *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Madrid, 2006., págs. 29 y 30. En contra de esta última postura, PEDRAZ PENALVA, E., "La tutela cautela en la Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. X, 2000, pág. 25, quien manifiesta su «rechazo a la panteísta visión por el TC del artículo 24.1 CE y de la correcta ubicación del derecho a la tutela cautelar en el debido proceso (art. 24.2 CE)», como, definitivamente, ha hecho el Tribunal Constitucional en muchas otras resoluciones como las STC 148/1993, de 29 de abril (FJ 4), 27/1995, de 6 de febrero (FJ 5) y 78/1996 (FFJJ 3 y 4).

jurisdiccionales en la resolución que pone fin al proceso sea efectiva[29]. Esto supone que, si dentro del derecho a la tutela judicial debe incluirse la posibilidad de asegurar el cumplimiento en la práctica de la resolución que en su día se dicte, de manera que se cumpla la exigencia constitucional la eficacia de la tutela, una concreción de lo argumentado nos lleva a afirmar el fundamento constitucional de la tutela cautelar no se debe centrar únicamente en el aspecto general del derecho a la tutela judicial, sino específicamente en la necesaria efectividad de la misma[30]. Quiere decirse que la fundamentación de la tutela cautelar en el derecho la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) dio pie a que de dicho anclaje se hiciera derivar

---

[29] En este sentido, podemos citar a RAMOS MÉNDEZ, F., "Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil", *Justicia*, núm I, 1985, págs. 75 a 90; ORTELLS RAMOS, M. y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada: Comares, 1996, pág. 3; VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "La configuración de las medidas cautelares en el anteproyecto de LEC", en PICÓ y JUNOY, J. (coord.), *Presente y Futuro del Proceso Civil,* Barcelona, 1998, pág. 679; DAMIÁN MORENO, J., "Las medidas cautelares", en MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMINGUEZ, V. (coords.), *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Madrid, 2000, págs. 147 a 172; DÍEZ- PICAZO GIMÉNEZ, I, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 3ª ed., Madrid, 2000, págs. 379 y ss., ORTELLS RAMOS, M, "La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000" en *Estudios de Derecho Judicial: La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia,* núm. 44, 2003, págs. 599 y 600; ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares…*, ob. cit., págs. 30 y 31; o RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles*, ob. cit., pág. 101.

[30] Cfr. CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías derivadas del art. 24.1 de la Constitución*, Barcelona, 1994, pág. 286.

indirectamente del derecho a que el fallo se cumpla en la realidad[31].

[31] ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en*…, ob. cit. pág. 31. En este sentido, la STC 32/1982, de 7 de junio, FJ. 2º, estableció que «el derecho a la tutela efectiva (…) exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiera lugar a ello, por el daño sufrido». Así RAMOS MÉNDEZ, F. "Art. 1428" en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1984, págs. 689 y ss.; basó la efectividad futura de la sentencia en la relación existente entre el artículo 118 CE y el artículo 18.2 LOPJ), que se contiene en el derecho a la tutela judicial del artículo 24.1 CE. No obstante, el Tribunal Constitucional ha establecido de forma expresa y directa el basamento de la tutela cautelar dentro del derecho de acción del artículo 24.1 CE, señalando, de una parte, que «la tutelar judicial ha de ser, por imperativo constitucional, "efectiva", y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derecho cuya protección se demanda» (STC 238/1992, de 17 de diciembre), y más concretamente en la STC 14/1992, de 10 de febrero, al declarar que «la tutela judicial efectiva no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso».

CAPÍTULO II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE TUTELA CAUTELAR

1. TIEMPO Y PROCESO

Al igual que cualquiera de las actuaciones humanas, el desenvolvimiento del proceso y la realización de las diferentes etapas y actuaciones procesales suponen el empleo de unas cantidades de tiempo considerables, de manera que, la tutela solicitada no será obtenida de manera inmediata, sino diferida en el tiempo. Esta circunstancia, como puede deducirse fácilmente, afecta, o puede afectar, en buena medida, a la eficacia de la tutela otorgada en la resolución definitiva. En este sentido, COUTURE[32] ha expresado de manera muy precisa la relación entre el tiempo, el proceso y su eficacia. La idea de partida, que no ofrece muchos puntos de discusión, es que la prolongación del proceso en el tiempo conduce hacia el grave problema de la ineficacia de la justicia, entendiendo que es natural que exista una profunda conexión entre el problema de la ineficacia y la cuestión de la duración del proceso[33].

---

[32] Vid. COUTURE, E. J., *Proyecto de Código de Procedimiento Civil. Con exposición de motivos*, Montevideo, 1945, págs. 43 a 47

[33] Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ., M., "Teoría general de las medidas cautelares" en SERRA DOMÍNGUEZ, M. y RAMOS MÉNDEZ, F*., Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, págs. 11 y 12

Ese desenvolvimiento del proceso a lo largo del tiempo, ínsito a su propia configuración y estructura dialéctica[34], no debe de ser contemplado, necesariamente, como un mal o una disfunción[35], sino como una necesidad[36]. El ejercicio de la potestad jurisdiccional, esto es, resolver la controversia o el conflicto determinando el derecho en el caso concreto, requiere de la realización de una serie de actuaciones a través de las cuales se pueda conformar la decisión judicial definitiva, con respeto, primordialmente, a los principios de contradicción y audiencia de las

[34] Sobre la concepción o perspectiva dialéctica del proceso, vid. LOZANO-HIGUERO PINTO, *Introducción…* ob. cit., págs. 52 y 53, especialmente notas 90 a 96, con citas de CALAMANDREI, COUTURE o FAZZALARI. Antes, LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Constitución y proceso*…, ob. cit., pág. 36, n. 51.

[35] No obstante, vid. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el contexto europeo*, Barcelona, 2015, pág. 97, apunta que según los datos estadísticos disponibles (2012), el tiempo medio para obtener una decisión en primera instancia ante el orden civil en nuestro país se sitúa en los 264 días.

[36] Refiriéndose al proceso penal, pero aplicable en general a cualquier otro tipo de proceso, CARNELUTTI, F., *Cómo se hace un proceso*, trad. Sentís Melendo y Ayerra Redín, Valparaiso, 1979, pág. 26, afirmó: «cuando oímos decir que la justicia debe ser rápida, he ahí una fórmula que hay que tomar a beneficio de inventario; […] por desgracia, la justicia, si es segura no es rápida, y su es rápida no es segura. Preciso es tener el valor de decir, en cambio, también del proceso: quien va despacio, va bien y va lejos». Otros se han referido a esta misma idea, como AYARRAGARAY, C. A., *El principio de inmaculación en el proceso*, Buenos Aires, 1959, pág. 18: «el proceso requiere de formas, como garantía de la libertad. Sin ella no hay justicia ni seguridad». También, BRICHETTI, G., *La evidencia en el proceso penal*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1973, pág. 137: «la prisa en los juicios es funesta, y es propio de los pueblos bárbaros ser impacientes frente a las demoras, hasta el punto de que Tácito escribía: Barbaris cunctatio servilis (para los bárbaros la demora es servil)».

partes[37]. Podemos contemplar, en este punto, un eventual o potencial conflicto entre las necesarias garantías procesales que deben acompañar al ejercicio del poder jurisdiccional y la celeridad y eficacia en el otorgamiento de la tutela para aquellos que lo solicitan[38]. Tal cuestión o problema deberá ser resulto no desde un prisma único, anteponiendo la importancia de unos principios sobre otros, desequilibrando, de tal modo, el proceso en favor de una idea, el garantismo, u otra, la celeridad, sino empleando la

[37] Como señala ORTELLS RAMOS, M., "Cuestiones generales" en ORTELLS RAMOS, M., y CALDERÓN CAUDRADO, M. P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*, Granada, 1996, pág. 3: «una resolución dotada de eficacia para incidir en la esfera jurídica de las partes procesales no puede ser obtenida sin más e inmediatamente después de haber sido solicitada. […] el ordenamiento impone que procedan una serie de actos, a través de los cuales las partes, se aportan los hechos, se produce la prueba de las alegaciones y se introducen las argumentaciones jurídicas, con todo lo cual se provee al órgano judicial de los elementos necesarios para dictar una sentencia acertada y justa».

[38] Vid. LOZANO-HIGUERO PINTO, *Introducción*…, ob. cit., 1990, págs. 198 y 199: «los fenómenos de masificación, hiperlitigiosidad y sobrecarga, lentitud o dilatación, en suma, y la primacía práctica de los principios de economía y eficacia, y sobre todo rapidez y celeridad, han hecho atemperar, cuando no tambalear, muchos esquemas y rigideces preestablecidos. […] Así pues, a los "supremos" fines de economía celeridad, y eficacia, se atemperan principios básicos como los de audiencia […] igualdad […] oralidad» (cursivas del original). Sobre la cuestión, vid., adicionalmente, STJUE 14 de abril 2016, asuntos C-381/14 y C-385/14, pár. 42: «además, en relación con la necesidad de evitar la saturación de los tribunales, cabe afirmar que el ejercicio efectivo de los derechos subjetivos que la Directiva 93/13 reconoce a los consumidores no puede quedar obstaculizado por consideraciones vinculadas a la organización judicial de un Estado miembro».

razonabilidad[39] como criterio interpretador, partiendo siempre del conocido como *principio de indemnidad del proceso*[40].

Para poner remedio a esta problemática, aparece la institución de las medidas cautelares –o tutela cautelar, aunque la cuestión terminológica será debatida más abajo. Por ello, para asegurar la efectividad del proceso,

---

[39] Como criterio empleado dentro de la hermenéutica jurídica, la razonabilidad ha tenido gran recorrido, especialmente desde los postulados elaborados por CHAÏM PERELMAN o LUIS RECASENS SICHES sobre la lógica y la argumentación jurídica, como criterio lógico-jurídico en la interpretación y aplicación de la norma. Vid. PERELMAN, C., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Diez-Picazo, Madrid, 1988, pág. 228, quien entiende que «el derecho se desarrolla equilibrando una doble exigencia: una de orden sistemático, que es la elaboración de un orden jurídico coherente, y otra de orden pragmático, que es la búsqueda de soluciones que sean aceptables por el medio, porque son conforme con lo que parece justo y razonable». También cfr. RECASENS SICHES, L., *Introducción al estudio del Derecho*, 12ª ed. México DF, 1997, págs. 246-248, afirma que la razonabilidad o logos de lo razonable es el único método de interpretación jurídico válido, superando los tradicionales métodos hermenéuticos. Interpretar según este logos supone individualizar la solución conforme a la equidad para cada caso concreto. Para actuar conforme al logos de lo razonable «hay que proceder razonablemente percatándonos de la realidad y del sentido de los hechos, comprendiendo las valoraciones en que se inspira el orden jurídico positivo, viendo el propósito de la norma en cuestión y apreciando las valoraciones complementarias que produzca el juez en armonía con dicho orden jurídico positivo», obteniendo así una solución al conflicto.

[40] Como señala PROTO PISANI, A., "Chiovenda y la tutela cautelar" en *La tutela jurisdiccional*, varios traductores, Lima, 2014, pág. 421, al estudiar la posición de CHIOVENDA sobre la materia, afirma que, en la construcción de su teoría sobre la acción cautelar y otras instituciones afines, la doctrina del maestro siempre estuvo regida por un principio fundamental: la necesidad de servirse del proceso para obtener razón no debe volverse daño para quien la tiene, conocido como principio de indemnidad de la tutela, denominación autoría de LOZANO-HIGUERO PINTO, *Constitución y proceso*…, ob. cit., págs. 19 y ss.

aparece, como un *tertium genus*[41] entre la tutela declarativa y la tutela ejecutiva, la llamada tutela cautelar. El objeto principal y razón de ser de esta tutela, que más adelante intentaremos precisar con mayor detalle, es garantizar y asegurar la eficacia del proceso como forma jurídica de resolución de conflictos, afirmación esta que matizaremos en las páginas siguientes de manera más detenida. Desde luego, esta forma de tutela ha sido considerada de manera continuada por el Tribunal Constitucional como una parte integrante del derecho a la tutela judicial, reconocido en el art. 24.1 CE, pudiendo citarse un buen número de resoluciones en este sentido [*v. gr.*, STC 14/1992 de 10 de febrero (FJ 7º), STC 238/1992 de 17 de diciembre (FJ 4º) y STC 218/1994 de 18 de julio de (FJ 3º)].

2. EL RECONOCIMIENTO DE LA TUTELA CAUTELAR COMO UNA FORMA DIFERENCIADA DE TUTELA JURIDICCIONAL

La relevancia de este tercer tipo de tutela jurisdiccional no siempre ha sido reconocida por la doctrina jurídica. En este sentido, la doctrina alemana de

[41] En este sentido, sin perjuicio de que más adelante nos ocupemos de la cuestión con un mayor detenimiento, la división tripartita fue anticipada, salvo error u omisión nuestro, por WACH, A., *La pretensión de declaración,* trad. Semón, Buenos Aires, 1962 (1889), pág. 43, y consolidada CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*… ob. cit., pág. 67 (nota 7 a la prolusión): «nosotros decimos que la tutela en el proceso se actúa: a) mediante declaración de la certeza de derecho; b) mediante ejecución de la declaración de la certeza de derecho; c) mediante providencias cautelares».

inicios del siglo XX no se mostró partidaria de un estudio o conceptualización autónomos o sistemáticos de la tutela cautelar y sus formas[42], contemplándolo en la mayoría de los casos, como un apéndice o elemento más de la ejecución forzosa, como medio para asegurar la efectividad de la misma[43].

---

[42] Cfr., citando algunos ejemplos de esta concepción, LANCELOTTI, F., "Osservazioni critiche intorno all'autonomía processuale della tutela cautelare", *Rivista di Diritto processuale civile*, núm. 3, 1939, pág. 235. También, vid. MITIDIERO, D., *Anticipación de tutela*. *De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*, trad. Cavani, Madrid, 2013, pág. 27.

[43] A salvo de la anticipada posición de WACH, vid., *ad exemplum*, SCHÖNKE, A., *Derecho Procesal Civil*, trad. de la 5ª ed. alemana de Prieto Castro, Cabrera Claver y Fairén Guillén, Barcelona, 1950, págs. 225 y ss.; GOLDSCHMIDT, J., *Derecho Procesal Civil*, trad. Prieto Castro, Barcelona, 1936, pág. 747 y ss., los cuales incluyen las medidas cautelares como elemento accesorio o meramente asegurativo de la ejecución forzada. Por su parte, ROSENBERG, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. de la 5ª ed. alemana de Romera Vera, tomo III, Buenos Aires, 1955 (1951), pág. 259 y ss. ya dedica una exposición separada de la tutela cautelar respecto de la ejecutiva, aunque, como señala FAIRÉN GUILLÉN, V., "La reforma del proceso cautelar español", en *Temas del ordenamiento procesal*, tomo II, Madrid, 1969, pág. 911, en ediciones anteriores de la obra de ROSENBERG, las medidas cautelares aparecen ancladas a la ejecución forzosa.

En nuestra doctrina, por ejemplo, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., "Principios técnicos y políticos de una reforma procesal" en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, tomo II, México, 1992 (1974) pág. 93 y 94, señala, en este escrito original de 1949, que, aunque en un primer momento se vio él mismo arrastrado por aquella corriente, encabeza por CALAMANDREI o CARNELUTTI, que concedía gran relevancia a las medidas cautelares hasta el punto de elevarlas a la categoría de tercer género procesal, junto a la declaración y la ejecución, «después, pensándolo con más detenimiento, hemos creído que las medidas cautelares, carentes de substantividad […] se hallan subordinadas como regla, a la ejecución procesal, cuya efectividad tienden a garantizar, y en ocasiones a ciertos actos de la fase de conocimiento […] y que, por consiguiente, deben ir a parar a los libros respectivos».

2.1. Reconocimiento inicial: Wach y Chiovenda

Sin embargo, a nuestro modesto entender, fue WACH el pionero en acuñar una distinción tripartita de las formas de tutela en el proceso[44], siendo, por influencia de este[45], CHIOVENDA el primero en poner de relieve la importancia de esta forma de tutela jurisdiccional en su decisiva obra *La acción en el sistema de los derechos*[46]. Para el maestro piamontés el proceso es el

---

[44] Vid. WACH, A., *La pretensión de* declaración, ob. cit., pág. 43, quien, como señalamos anteriormente, por primera vez, salvo error u omisión por nuestra parte, apuntó a esta distinción tripartita, al señalar que «el sistema de protección del derecho establece para la pretensión necesitada de realización varios medios de protección, con el objeto de la decisión judicial, de la ejecución y del aseguramiento»; distinción esta no contenida en obras suyas anteriores [vid., WACH, A., *Manual de Derecho Procesal Civil*, tomo I, trad. Banzhaf, 1977 (1885), Buenos Aires, págs. 32 y 33, donde únicamente distingue entre la sentencia y la ejecución como formas de manifestarse las acciones]. Con ello, se daba un paso a favor de la autonomía de esta última que no estaba presente en los autores germánicos anteriores.

[45] Entendemos que la influencia del maestro de Leipzig sobre CHIOVENDA es indiscutible y manifiesta pues, como este mismo llegó a escribir «e, fra gli altri, anch'io ni sento scolaro di questo Maestro [Wach] che non ho mai conosciuto», "Adolfo Wach", *Rivista di Diritto processuale civile,* núm. 1,1926, pág 369. Con mayor detalle sobre la relación entre Wach y CHIOVENDA, vid., ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., "La influencia de Wach y Klein sobre CHIOVENDA", *Estudios de teoría general e Historia del Proceso (1945-1972),* vol. II, México DF, 1992, págs. 547-567, en especial, págs. 554-561.

[46] Cfr. CHIOVENDA, G., *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit, págs. 3, 51 – 67. Debemos señalar que lo más interesante de esta inicial, pero decisiva, obra de CHIOVENDA se encuentra en las abundantes y extensísimas notas al texto principal, el cual es transcripción de la llamada Prolusión de 3 de febrero de 1903. Sobre la importancia de esta pequeña obra, piedra angular del estudio científico autónomo del Derecho procesal, vid. CALAMANDREI, P., *Chiovenda. Recuerdo de juristas*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEA, 1959, pág. 77, para quien «la prolusión de 1903, al afirmar con palabras inolvidables la autonomía del derecho de

conjunto de normas a través del cual los órganos jurisdiccionales «actúan el derecho objetivo relativamente a las relaciones sujetas a este»[47], existiendo diversas posibles maneras de manifestarse tal actuación. Al entrar en detalle sobre las varias formas posibles de tutela jurídica procesal posibles, señala tres formas, a saber: mediante la declaración de certeza de un derecho (tutela declarativa), mediante ejecución de una declaración de certeza de derecho (tutela ejecutiva) y, finalmente, mediante providencias cautelares[48]. Aún escueto, y casi *obiter dictum*, nos encontramos ante un primer reconocimiento de la tutela cautelar como una de las formas de tutela procesal, mientras que hasta entonces, las medidas que hoy conocemos como cautelares eran principalmente estudiadas como «apéndice de la ejecución forzada»[49], sin considerar, ni elaborar una exposición sistemática de las mismas[50].

---

acción, ha fundado al mismo tiempo, como ciencia autónoma, la ciencia del proceso civil, desvinculando el derecho sustancial y colocado en su puesto en el sistema del derecho público».

[47] Vid. CHIOVENDA, G., *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit, págs. 3

[48] Cfr. CHIOVENDA, G., *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit, pág. 67. Esta mención, casi incidental a la tutela cautelar como una de las formas de tutela jurídica a través del proceso se encuentra en la nota 7 al texto principal, en la que CHIOVENDA reflexiona, fundamentalmente, sobre la tutela ejecutiva y su naturaleza.

[49] Así lo entendía CALAMANDREI, P., *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, pág. 34.

[50] Señala FAIRÉN GUILLÉN, "La reforma del proceso cautelar español", ob. cit., págs. 910 y 911, notas 65 y 66, una serie de obras germánicas de la época en las que, la tutela cautelar, se incluye y explica como parte de la tutela declarativa o de la tutela ejecutiva.

Posteriormente, el propio CHIOVENDA, en otra de sus más destacadas obras, señalaba como una forma autónoma de acción «el poder jurídico de obtener una de estas resoluciones [de seguridad o de cautela]», cuya existencia responde a una necesidad efectiva y actual de atajar un temor fundado de producirse un daño jurídico[51], condicionado por la posibilidad del daño y la posibilidad del derecho en riesgo. La clasificación de formas de tutela arriba señalada sería mantenida por CHIOVENDA en obras posteriores. En su entendimiento, la acción, esto es, el poder de pedir la actuación de la ley mediante obra de los tribunales, debía clasificarse en diferentes tipos o clases, según la naturaleza del pronunciamiento hacia el que se dirigiese de manera que «la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: conocimiento, conservación, ejecución»[52].

Sentadas las premisas anteriores la doctrina italiana, principalmente discípulos del propio CHIOVENDA, continuaron con el estudio de esta forma de tutela, intentando aislar los elementos diferenciadores de la misma respecto del resto de tutelas. Dichos estudios permitieron elaborar unos

---

[51] Cfr. CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Trad. Casáis y Santaló, Madrid, 1977 (1922), pág. 283. Para CHIOVENDA, además, este poder de acción no es un accesorio al derecho material que se pretende proteger, pues «existe como poder actual cuando aún no se sabe si aquel derecho existe» y, además, «el derecho a la resolución de "cautela" es un derecho del Estado fundado en las necesidades generales de tutela del derecho».

[52] Cfr. CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. I, trad. Gómez Orbaneja, Madrid, 1936, pág. 36

primeros conceptos y sistematizaciones del contenido y alcance de la tutela cautelar, los cuales tendrían, como veremos, una notable repercusión en el conjunto de la doctrina posterior, incluyendo la de nuestro país.

2.2 El decisivo estudio sistemático de Calamandrei

Así, resultó decisivo el primer planteamiento sistemático de la institución, elaborado por CALAMANDREI en *Introducción al estudio de las providencias cautelares*[53]. Partiendo de una idea manejada por otros autores[54] como es la de provisionalidad (*recte:* provisionalidad), esto es, la duración limitada en el tiempo de los efectos de determinadas providencias, destinados a durar hasta la ocurrencia de un evento posterior, como elemento definitorio de las medidas cautelares, considera que esa misma nota de provisionalidad no es suficiente, por sí sola, para distinguir estas medidas de otras similares o afines que, en algunos casos pueden compartir esta cualidad de la provisionalidad.

---

[53] CALAMANDREI, *Introducción al estudio*…, ob. cit., passim.

[54] En este sentido, citado por el propio CALAMANDREI en la página 36, nota 15 del trabajo referido en la nota inmediatamente anterior, vid. CHIOVENDA, *Instituciones*…, vol. I, ob. cit., págs. 297 y ss., donde señala que «estas medidas especiales, determinadas por peligro o urgencia, son llamadas provisionales de cautela o de conservación, porque se dictan con anterioridad a que esté declarada la voluntad concreta de la ley que nos garantiza un bien, o antes de que se lleve a cabo su actuación, como garantía de ésta».

Afirmaba CALAMANDREI de dicha nota, que la provisionalidad es «un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva)», es decir, es «entendida como expresión de la relación cronológica que existe entre las dos providencias», pero resultaba insuficiente para el fin de deslindar las medidas cautelares de otras figuras, pues ello nos llevaría a considerar que toda providencia no cautelar resultaría definitiva y toda providencia de carácter provisorio (*sic* en la traducción) debería ser considerada como cautelar[55]. Sin embargo, este autor señala, a modo de ejemplo, cómo en el procedimiento monitorio, en estrecha relación con el modo en el que se gesta el pronunciamiento que lo resuelve, esta providencia, obtenida a través de una cognición sumaria[56] es provisional, a la espera de una posible posterior providencia. En casos como

---

[55] Cfr. CALAMANDREI, P., *Introducción al estudio*…, ob. cit., pág. 37.

[56] Sobre el proceso monitorio en la doctrina italiana, partimos de la breve, pero señera, obra de CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit., pág. 54, quien en la nota 6 a la conocida como "prolusión boloñesa" afirma que «a veces, la cognición, en su amplitud ordinarias sería obstaculizante; y tenemos formas de cognición reducida» citando, entre ellas, el «proceso de inyuncional o monitorio […] en el cual la declaración de certeza se funda solo sobre la falta, constatada o prevista, de oposición por parte del obligado». Sobre antecedentes en otros países y desarrollo en la Italia de principios del siglo XX, vid. del mismo autor, *Instituciones*…, vol. I, ob. cit., págs. 278 a 288. El mismo CHIOVENDA, en *Instituciones*…, vol. I, ob. cit., pág. 297, *in fine*, señala el carácter provisional de las providencias que resuelven el proceso monitorio. El propio CALAMANDREI, P., *El procedimiento monitorio*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1953 (1926), págs. 54 -60, conceptuó este tipo de procedimiento como una forma especial de proceso de cognición abreviado, en la que la declaración de certeza se produce por la preclusión.

este, el carácter provisional aparece justificado por el modo en el que se forma la decisión judicial, mientras que, en el caso de las decisiones cautelares, ese carácter viene determinado por la finalidad de las mismas.

Resultaba necesario, por tanto, buscar un nuevo elemento que fuera verdaderamente diferenciador de la tutela cautelar frente al resto de manifestaciones de la tutela jurisdiccional. Para CALAMANDREI la clave de bóveda de la construcción cautelar está en la finalidad o función que cumple esta. Por una parte, es necesario que la resolución judicial del conflicto sea rápida para que no devenga en ineficaz; por otra parte, el proceso requiere de un tiempo considerable para producir una resolución definitiva que satisfaga unos criterios mínimos de justicia[57]. La finalidad de la resolución estará encaminada a compatibilizar estas dos circunstancias: mantener la eficacia del proceso pese al discurrir temporal necesario para emitir la resolución definitiva[58]. Derivada de esta idea, para CALAMANDREI, la nota verdaderamente distintiva de las medidas cautelares es que «nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente *preordenadas* a la emanación de una ulterior providencia

[57] Es necesario recordar aquí las palabras de CARNELUTTI, F., *Instituciones del Proceso Civil*, vol. I, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1997, pág. 22: «la voz proceso sirve, pues, para indicar un método para la formación o para la aplicación del derecho que tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir, una regulación del conflicto de intereses que consigan realmente la paz y, por tanto, sea justa y cierta».

[58] Cfr. CALAMANDREI, *Introducción al estudio*…, ob. cit., pág. 43.

definitiva», lo que denominó como relación de instrumentalidad de la providencia cautelar respecto de la definitiva[59].

Desde este momento, la instrumentalidad, entendida como preordenación de la medida cautelar respecto de la solución jurisdiccional definitiva del conflicto con el fin de asegurar la eficacia de esta última, se ha convertido en la idea fundamental de la gran mayoría de las explicaciones y definiciones de la tutela cautelar.

Por su parte, CARNELUTTI distinguió con bastante claridad los procesos cautelares como una de las posibles formas en las que se podía clasificar el mismo, diferenciando el proceso cautelar de los procesos declarativo y cautelar[60], por tener un fin y efecto diversos de ellos, siendo el cautelar aquel que «*sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)*»[61], distinguiendo, por tanto, la tutela cautelar, por razón de su fin[62].

---

[59] Vid. CALAMANDREI, *Introducción al estudio*…, ob. cit., pág. 44

[60] Cfr. CARNELUTTI, F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, pág. 355; igualmente, CARNELUTTI, F. *Instituciones del proceso civil*, vol. I, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1997, págs. 23 y 85.

[61] Vid. CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, vol. I, ob. cit., pág. 86. La cursiva aparece así en el original.

[62] En este sentido, MITIDIERO *Anticipación de tutela*…, ob. cit., pág. 38, recoge las diferentes aproximaciones de CARNELUTTI a la cuestión del fin del proceso cautelar.

2.3. La concepción divergente de ROCCO

Sin embargo, existen algunas excepciones a esta concepción y delimitación de las medidas cautelares. Para ROCCO, el elemento diferenciador de la tutela cautelar respecto del resto de clases de tutela está en la idea de peligro jurídico[63]. Bien es cierto que CALAMANDREI ya prestó buena atención a la idea del peligro de daño en los intereses del autor por la demora del proceso, fundamento de uno de los presupuestos de las providencias cautelares, pero ROCCO puso mayor énfasis en la cuestión, llegando a afirmar que «únicamente pueden considerarse cautelares cuando la finalidad que se proponen es de evitar un peligro directamente vinculado a un evento»[64]. Evidentemente, el núcleo de la exposición de ROCCO se

---

[63] Vid. ROCCO, *Tratado*…, vol. V, ob. cit., pág. 51, para quien «sería grave error inferir del carácter de especialidad, sumariedad, urgencia, temporalidad, la naturaleza cautelar de providencias». Contemporáneamente, entre nosotros, se ha expresado en un tenor parecido NIEVA FENOLL, J., "Hacia una nueva configuración de la tutela cautelar", *Diario La Ley*, núm. 8773, 1 de junio de 2016 [disponible en http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNjY1MTA7Wy1KLizPw8WyMDQzMDU0NLtbz8lNQQF2fb0ryU1LTMvNQUkJLMtEqX_OSQyoJU25Ki0lS11KT8_GwUg-LhBqSmZJYATXRJLEm1NTBUNTIxMAMSIGkA8sP2wn0AAAA=WKE (última consulta 13 de julio de 2016)], quien ha afirmado con rotundidad que «tradicionalmente se ha dicho que en las medidas cautelares concurren las características de la instrumentalidad, temporalidad o variabilidad, homogeneidad y proporcionalidad. […] Pues bien, ninguna de estas características es propia, realmente, de las medidas cautelares, y además encierran incluso auténticas imprecisiones».

[64] Cfr. ROCCO, *Tratado*…, vol. V, ob. cit., pág. 51

encuentra en determinar en qué consiste ese peligro que fundamenta la tutela cautelar, llegando a una concepción francamente amplia del mismo, que excede, como veremos, de la planteada por el común de la doctrina, entendiendo por peligro «tanto como posibilidad o probabilidad de un daño que atente contra un interés procesal, cuanto como posibilidad de un daño que atente contra un interés sustancial»[65]. La conceptualización ofrecida del peligro incluye, por ello, no solo la posible lesión de derechos de carácter sustantivo, sino, además, también, de derechos de carácter procesal, esto es, la lesión del propio derecho de acción en algunas de las facultades y posibilidades en las que el mismo se descompone[66]. De esta manera, la tutela cautelar sería aquella encaminada a salvaguardar frente a un peligro por la mora procesal no solo al derecho sustantivo, sino también frente a situaciones procesales cuyo menoscabo o desaparición pudiera poner en riesgo la posibilidad de obtener una sentencia favorable en último término,

---

[65] Ibíd., pág. 54.

[66] En este punto debemos precisar que ROCCO, en su obra anteriormente citada, se refiere al «interés procesal» o a «facultades o pretensiones». Entendemos que, con ello, lo que se afirma es que se protegen imperativos jurídicos (vid. COUTURE, E. J, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., Montevideo, 2010, pág. 17). Lo anterior puede conectarse con la concepción elaborada por JAMES GOLDSCHMIDT (cfr. *Principios generales del Proceso I. Teoría general del proceso*, Buenos Aires, 1961, págs. 57 a 61) quien entendía el proceso como situación jurídica, no existiendo derechos procesales, sino posibilidades y expectativas respecto de una futura decisión judicial final favorable a los intereses. Por tanto, en la concepción de ROCCO, la tutela cautelar puede emplearse para proteger esas expectativas y posibilidades procesales, además del propio derecho sustantivo.

llevando a una concepción expansiva en la que se incluyen dentro de la tutela cautelar instituciones como el aseguramiento de la prueba. No obstante, esta ampliación del fundamento y concepto de las medidas cautelares propuesta por ROCCO no ha tenido un gran eco o aceptación entre la doctrina mayoritaria.

2.4. La recepción en España de la cuestión cautelar

En nuestro país, a nuestro modesto entender, la obra de GUASP tuvo un papel esencial en la determinación de aquellas figuras o instituciones procesales que debían considerarse cautelares y aquellas que, aunque próximas, no lo son. GUASP, dentro de su singular taxonomía de los procesos, distingue una serie de procesos *especiales* por razones netamente procesales[67]. Dentro de esa gran familia, se encontraría el género de los *procesos de facilitación,* caracterizados por estar destinados a remover los obstáculos que pudieran dificultar el desarrollo y efectos de un proceso principal, subdividiéndose, a su vez en diferentes especies, desde aquellos *procesos de facilitación* que favorecen los requisitos para que pueda iniciarse

[67] GUASP, J., *Concepto y método de Derecho procesal*, Madrid, 1997, pág. 174. La obra, aunque editada en 1997, fue compuesta durante el curso 1943-44, como segundo ejercicio para la Oposición a Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Madrid, como señala ALONSO OLEA en la "Presentación" de la obra (p. VII). Tomamos como referencia este trabajo porque sirve como punto de inflexión de la sistemática y metodología de GUASP, que desarrollará posteriormente en su extensa obra.

un proceso principal, pasando por otros que tienden a posibilitar el desarrollo del proceso en sí mismo[68]. Pero, junto a estos, de relevancia menor, aparecen aquellos procesos que buscan *facilitar la eficacia del proceso principal,* categoría en la que GUASP incardina las medidas cautelares[69]. La idea central que separa esta categoría de los procesos cautelares del resto de procesos especiales de facilitación es la de su finalidad: «intentar que no se disipe la eficacia de una eventual resolución judicial, todavía no obtenida y, por lo tanto, la de aportar precauciones, cautelas o aseguramientos, frente a la posible ineficacia de la misma», siendo el proceso cautelar el que tiene por objeto «facilitar otro proceso principal garantizando la eficacia de sus resultados»[70]. Por tanto, la idea que separa a las medidas o procesos

---

[68] Cfr. GUASP, *Concepto y método*…, ob. cit., pág. 174 ya incluye esta subdivisión, aunque sin asignarles las denominaciones que, posteriormente incluirá el propio autor en *Derecho Procesal Civil*, tomo II, Madrid, 1998, pág. 26

[69] Vid. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág. 527

[70] Cfr. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., págs. 527 y 528. Esta idea aparece, además, en los discípulos de GUASP que se ocuparon de otras ramas del ordenamiento procesal, como el proceso administrativo [vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 3ª ed., Madrid, 2001, pág. 526 y 542, donde caracteriza la suspensión de la ejecución de actos administrativos como un proceso de facilitación, especial por razones jurídico-procesales, para garantizar la eficacia del proceso principal. El propio GONZÁLEZ PÉREZ (pág. 55) se reconoce como tributario de GUASP y que, para su exposición, «me limité a utilizar fielmente […] el más perfecto sistema de Derecho procesal»] o el laboral (cfr. ALONSO OLEA, M. y MIÑAMBRES PUIG., C., *Derecho Procesal del Trabajo*, 10ª ed., Madrid, 1999, págs. 132 y 134, también emplea la terminología de GUASP, refiriéndose a la existencia de procesos especiales por razones procesales, entre los que se encuentran los de facilitación,

cautelares de otras instituciones afines o similares es de orden teleológico o funcional: el fin y función de estas medidas es garantizar la eficacia del resultado de un proceso principal.

En este punto, el pensamiento de GUASP es, en buena medida, coincidente con el de muchos de sus coetáneos, de manera que, esta idea, si bien no la particular sistemática de GUASP[71], fue acogida por profesores de diferentes escuelas y procedencias. Por ejemplo, en primer lugar, CARRERAS[72] entiende que estas medidas como aquellas que evitan la inutilidad o ineficacia del proceso declarativo. GALLEGO MOREL[73], señala que mediante las mismas se pretende asegurar el objeto litigioso y conservar el derecho discutido.

---

que incluyen aquellos, como el embargo preventivo, tendentes a asegurar los resultados del proceso).

[71] Para VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "La construcción del proceso cautelar en el Derecho Procesal Civil español", *Justicia*, núm. 4, 1990, págs. 823 y 824, el principal problema de la sistemática de GUASP es que diluye las medidas cautelares en un conjunto tremendamente heterogéneo de instituciones procesales o, en otras palabras, «el proceso cautelar queda difuminado y oscurecido en su significación teórica y en su importancia práctica».

[72] Vid CARRERAS LLANASA, J, "Las medidas cautelares en el art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en FENECH, M., y CARRERAS, J., *Estudios de Derecho Procesal,* Barcelona, 1962, págs. 571 y 572.

[73] Cfr. GALLEGO MOREL, M., "El artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista de Derecho Procesal*, 1953, núm. 2, pág. 226.

Más recientemente, ORTELLS, en sus primeras obras sobre la materia[74] ya apuntaba hacia el aseguramiento de la efectividad de la satisfacción que el acreedor obtenga como razón de ser de este tipo de medidas. Más explícito resultó el profesor valenciano en un trabajo posterior al delimitar el concepto de proceso cautelar. Tomando la definición que arriba recogimos de GUASP lo conceptúa como «aquél que tiene por finalidad facilitar otro proceso (el denominado proceso principal) garantizando la eficacia de sus resultados»[75]. Esta concepción, que entendemos, de carácter restrictivo, impide considerar como cautelares cualquier institución o medida procesal que venga motivada o tenga su razón en el peligro de demora procesal, como las medidas de aseguramiento de la prueba.

La formulación anterior de ORTELLS ha sido compartida o seguida mayoritariamente por la doctrina procesalista española posterior, que, salvo

---

[74] Así en ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, pág. 31, que, aun no siendo esta obra una sistematización o caracterización de las medidas cautelares, en general, sino del embargo preventivo en particular, sí contienen unas precisiones iniciales sobre la configuración del embargo preventivo como medida cautelar y los fines de este tipo de medidas. Del propio autor, vid. *Las medidas cautelares*, Madrid, 2000, págs. 36 y 37, donde reproduce, sin modificaciones aparentes, lo apuntado en la obra antes referida de 1984.

[75] Cfr. ORTELLS RAMOS, M., y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *La tutela cautelar en el Derecho español,* Granada, 1996, pág. 5, donde ORTELLS señala expresamente que la definición y concepción del proceso cautelar que recoge y emplea es la de GUASP.

contadas excepciones, ha admitido que las medidas cautelares cumplen la función de asegurar el resultado de la sentencia futura de condena[76]

Como se ha podido notar, la exposición y caracterización anterior de los elementos diferenciadores de la tutela cautelar respecto de otras formas de tutela se ha construido desde la óptica del proceso civil. Cabe preguntarnos, en este momento, si lo afirmado respecto a la tutela cautelar en el proceso civil puede ser trasladado o extrapolado al proceso penal[77], siempre con la prudencia aconsejada desde antaño GOLDSCHMIDT[78] o GÓMEZ

---

[76] Por ejemplo, CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992, pág. 35 o GARBERÍ LLOBREGAT, J., "Medidas cautelares y proceso cautelar" en GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cizur Menor, 2004, pág. 30;

[77] En su tiempo (1946), CARNELUTTI, F., "La Cenicienta" en *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1994, pág. 18, señaló, con bellas e inspiradas palabras, que «la teoría del proceso penal se halla todavía en una fase de neta dependencia respecto de la teoría del proceso civil: donde se trata de superar el empirismo, sirven casi exclusivamente los esquemas importados. […] La cenicienta, justamente, se contentaba con los vestidos desechados por sus hermanas».

[78] En este sentido, vid. GOLDSCHMIDT, J., *Principios Generales del Proceso II: Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Buenos Aires, 1961, págs. 43 y 44, advertía que, tradicionalmente, la construcción dogmática del proceso penal y de su objeto se hacía a través de una «transmisión mecánica de las categorías del proceso civil al proceso penal». Sin embargo, «desde que la pena pública ha reemplazado a la composición privada y, por consiguiente, el proceso penal se ha destacado del proceso civil, el proceso penal requiere sus propias categorías adecuadas a la esencia de su objeto, el derecho del estado de penar».

ORBANEJA[79]. Esto es, si podemos elaborar una conceptualización o discernir los rasgos comunes a la tutela cautela cautelar, con independencia de que nos encontremos ante un proceso civil, penal o de otro tipo.

Las referencias doctrinales a la cuestión no han sido muy abundantes, aunque entre los autores clásicos de la doctrina española podemos encontrar a ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO que, al tratar sobre las medidas cautelares en el proceso penal, señaló que «el proceso cautelar tiene en materia penal tiene tanta o más importancia que en el orden civil, y si bien su finalidad es la misma, presenta diferencias», fundamentalmente dos: no caben procesos cautelares autónomos, sino que todos están supeditados a un proceso principal; las medidas predominantes no son de carácter real,

[79] Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho y Proceso*, Cizur Menor, 2009, pág. 196. Para entender las diferencias que existen entre el proceso civil y el proceso penal configurado formalmente como proceso de acusación, hay que valerse de la distinción entre los "elementos" y los "principios" […] Los elementos son comunes, porque hay muchas cosas que son comunes. Ah ¡pero los principios son fundamentalmente distintos! […]. Hay muchas cosas que tienen elementos comunes […] pero los principios, que cruzan de arriba abajo como un complejo y le dan estructura distinta, hacen que no se parezcan en nada». También, en términos similares, en *Derecho procesal penal,* vol. II, Madrid, 1946, pág. 5.

sino personal[80]. No obstante, autorizadas opiniones[81] han sostenido la posibilidad de aplicar la teoría de las medidas cautelares, construida desde las coordenadas del proceso civil.

Sentadas las anteriores advertencias, debemos examinar si el criterio empleado para delimitar las medidas cautelares en los civil es el mismo que

---

[80] Así en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., y LEVENE, R., *Derecho procesal penal*, tomo II, Buenos Aires, 1945, pág. 272. No obstante, ALCALÁ-ZAMORA no parece mostrarse muy partidario de la existencia de procesos cautelares autónomos en lo civil, afirmando que «aun cuando el nuevo Código Italiano incluya tales interdictos [de obra nueva y obra ruinosa] entre los procedimientos cautelares […] es harto discutible que unos procesos que gozan, no ya de autonomía, sino de verdadera independencia se puedan catalogar como se ha hecho [de cautelares]. Cuando lo que media es una eventual derivación y no una necesaria supeditación, no creemos que de hablarse de proceso (mejor, procedimiento) cautelar, que en realidad es servidor del de conocimiento o del de ejecución».

[81] Cfr. CALAMANDREI, *Introducción al estudio*…, ob. cit., pág. 141, entiende que en la regulación del proceso penal «se contienen, a veces también más claros y evidentes, los varios tipos de providencias cautelares ya encontrados en el proceso civil», entre las que incluye las medidas dirigidas a asegurar tanto las pruebas como el cuerpo del delito –de manera paralela a la consideración, por el propio autor, como cautelares de las diligencias para el aseguramiento de la prueba en el proceso civil—, a asegurar el cumplimiento de las obligaciones civiles *ex delicto*, así como las dirigidas a asegurar la presencia del sujeto pasivo en el proceso penal, para asegurar la ejecución de la futura sentencia.

Por su parte, entre nosotros, FAIREN GUILLÉN, V., "Ideas para una teoría general del Derecho Procesal" en *Temas del ordenamiento procesal*, Tomo I, Madrid, 1969, pág. 330, señala las pautas esenciales para una teoría general de los procesos cautelares, afirmando que «en general, se trata de procesos instrumentales con caracteres de provisionalidad, función preventiva del *periculum in mora*, urgentes, notas que concurren en os instrumentales civiles como en los penales». Posteriormente, en su obra *Doctrina general del Derecho Procesal*, ob. cit., págs. 46 y 47, distingue el proceso cautelar del resto de procesos basándose en las notas anteriormente mencionadas.

en el terreno penal. Por ello, debemos tener en cuenta que las regulaciones de este fenómeno en los dos órdenes jurisdiccionales responden a unas condiciones o circunstancias legislativas muy diferentes. La Ley de Enjuiciamiento Criminal mantiene, en lo esencial, la misma estructura y sistemática que la original que presentaba la Ley en 1881, pese a que materias como la prisión provisional han sufrido un rosario interminable de reformas y contrarreformas, en especial, en los últimos 40 años. Mientras, la Ley de Enjuiciamiento Civil, con todos los defectos o imprecisiones que se le puedan achacar, incluyó una regulación completa y sistemática de las medidas, recogiendo –o, al menos, intentándolo— buena parte de las observaciones que la doctrina realizó en los cuarenta años anteriores.

En este sentido, no podemos obviar la valiosa contribución que, en su momento, efectuó ORTELLS RAMOS[82], al examinar el encaje de las instituciones procesales penales entonces existentes (1978) en los principios y caracteres generales de la tutela cautelar, definidos por la doctrina mayoritaria. Para el citado, la función de las medidas cautelares penales estará en asegurar la posibilidad práctica de ejecutar una sentencia condenatoria firme y en permitir la práctica de determinados medios de prueba que puedan correr peligro de destrucción o alteración.

[82] Cfr. ORTELLS RAMOS, M., "Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 5, 1978, págs. 447 y ss.

Partiendo de las consideraciones anteriores, se han realizado intentos más recientes de sistematizar o teorizar sobre las medidas cautelares penales en general, considerando la institución como una forma de defensa del proceso, único instrumento de aplicación del *ius puniendi* estatal, condicionando esta función de defensa a la aparición de un elemento subjetivo y otro subjetivo[83].

En definitiva, dicho elemento del *ius puniendi* del Estado, que no está presente en el proceso civil, dificulta establecer nexos y enlaces teóricos entre la tutela cautelar civil y la tutela cautelar penal, ámbito este que sobrepasa el objeto de nuestro estudio.

3. LA DENOMINACIÓN DEL FENÓMENO PROCESAL CAUTELAR. ALGUNAS CUESTIONES DE LÉXICO O TERMINOLOGÍA EN EL EMPLEO DE LOS TECNICISMOS.

Cuestión importante, no menos, es la denominación que demos al fenómeno cautelar que estamos estudiando. No es la terminología cuestión baladí, ni su crítica responde a un prurito léxico, sino que es asunto de importancia, pues «el lenguaje, para el Derecho, es algo más que un modo de exteriorizarse, es un modo de ser. La norma […] está encarnada en la

[83] Vid. PUJADAS TORTOSA, *Teoría general de las medidas cautelares penales*, Madrid, 2008, págs. 28 y 29.

palabra»[84] y el art. 3.1. CC («el sentido propio de las palabras», esto es, la interpretación gramatical) nos lo señala como pauta de hermenéutica y seguridad jurídica.

3.1. Las diferentes denominaciones acuñadas: acción, medida, proceso cautelar

Como señaló CALAMANDREI[85] en su señera obra, la doctrina ha intentado agrupar la tutela cautelar bajo diferentes criterios para su estudio. Así, para el maestro florentino, las formas principales de denominar la tutela cautelar varían según el concepto o sistema de donde haya partido cada autor en su estudio. En consecuencia, la doctrina ha intentado la sistematización del estudio del fenómeno cautelar desde, principalmente, tres perspectivas: el de la existencia de una acción cautelar[86], que sirve de origen la medida cautelar posterior; bien a través de la idea de un proceso

---

[84] Así lo recoge LOZANO-HIGUERO PINTO, *Introducción*…, ob. cit., pág. 21, nota 20, citando a HERNÁNDEZ GIL, A. *Prólogo* a la traducción del B.G.B., por Carlos Melón Infante, Barcelona, 1955, pág. VII: «la precisión expresiva es un desideratum permanente en la ciencia jurídica, el lenguaje, para el Derecho, es algo más que un modo de exteriorizarse, es un modo de ser. La norma, destinada a regir la conducta de los hombres está encarnada en la palabra. La precisión y la claridad no actúan aquí como simples valores estéticos, sino como verdaderos valores morales. La justeza en la expresión no es extraña a la justicia del resultado».

[85] Cfr. CALAMANDREI, *Introducción al estudio*…, ob. cit., pág. 31.

[86] Principalmente, CHIOVENDA, Principios… ob. cit., vol. I, págs. 281 y ss.

cautelar[87], diferenciado del de cognición y ejecución, mediante el cual se produce la definitiva tutela cautelar; o, por último, estudiando la providencia o medida[88] cautelar en sí misma mediante la cual se consigue el fin pretendido.

Partiendo de estas ideas, la que nosotros hemos venido a llamar, como justificaremos más adelante, tutela cautelar, ha recibido diferentes denominaciones[89] a lo largo de los tiempos en la doctrina procesalista, por lo que, dependiendo del estudio y de su autor, ha sido denominada, *verbi*

---

[87] Vid. ALLORIO, E. "Per una nozione del proceso cautelare*", Rivista di Diritto e Procedura Civile*, núm. 1, 1936, págs. 18 y 19;

[88] Vid CALAMANDREI, *Introducción al estudio*…, ob. cit., pág. 33.

[89] ORTELLS RAMOS, *El embargo preventivo*, ob. cit., pág. 29, entiende la cuestión de la denominación desde una perspectiva particular, pues las diferentes denominaciones –proceso cautelar, medidas cautelares, tutela cautelar, etc.- de la institución no «designan fenómenos diferentes, sino distintos aspectos o elementos de un mismo fenómeno», siguiendo la opinión de CALAMANDREI recogida en la nota inmediatamente anterior.

De manera similar, MONROY PALACIOS, J. J., *Bases para la construcción de una teoría cautelar*, 10ª ed., tomo II, Lima, 2002, págs. 47 a 49, entiende que salvo acción cautelar, ninguna de las denominaciones que lo cautelar ha recibido a lo largo del tiempo es totalmente errónea, sino que hace referencia a diferentes facetas del fenómeno, proponiendo, por su parte, el término teoría cautelar, el cual, en nuestra opinión, sería bastante vago o difuso y poco relacionado con la terminología propia del Derecho Procesal.

gratia, como *providencias cautelares*[90], *medidas cautelares*[91], *proceso cautelar o preventivo*[92], *pretensión cautelar*[93], etc.

---

[90] Denominación preferida en su pionera obra, tantas veces citada, por CALAMANDREI*., Introducción al estudio*…, ob. cit., pág. 33. Sobre el término "provvedimenti" y su traducción al español, vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Cuestiones de terminología procesal*, México DF, 1972, pág. 149, quien entiende que traducir esta palabra como "providencias" puede resultar confuso, al tratarse la providencia, en nuestro ordenamiento, de un tipo de resolución de importancia menor, siendo más adecuado el término "medida" o "proveimiento", por expresar mejor el sentido más amplio que el término "provvedimento" tiene en italiano.

[91] En nuestro país, tanto en el plano legislativo como en el doctrinal, el nombre predominante ha sido, entendemos, el de medidas cautelares, empleado tanto en artículos como en los manuales más habituales y conocidos. *Ad exemplum*, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., vol. I, Pamplona, 1985, pág. 45 y vol. II, págs. 847 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, vol. II, 8ª ed., Madrid, 1979, pág. 229; SERRA DOMÍNGUEZ, *Teoría general de las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 10; Más recientemente, PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en los procesos de propiedad industrial,* Barcelona, 1996, pág. 73; *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 2012, págs. 17 y 23 ORTIZ PRADILLO, J. C., *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Madrid, 2006, pág. 30; MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, Barcelona, 2010, pág. 85;

[92] Cfr. DE LA PLAZA, M., *Derecho Procesal Civil Español*, 2ª ed., vol. II, Madrid, 1945, págs. 29 y ss., emplea constante el término preventivo, junto a otros como de aseguramiento o cautelar, de una manera un tanto anárquica e indiscriminada. En sentido contrario a confundir las nociones de preventivo y cautelar, CALAMANDREI, *Introducción al estudio*…, ob. cit., págs. 41 y 42, pues «tampoco la noción de providencia preventiva de urgencia comprende exactamente la de providencia cautelar […] pueden existir procedimientos y providencias de urgencia que no tengan carácter cautelar». Como señala, la tutela judicial ordinaria puede tener en ocasiones un carácter preventivo o, en otras, urgente. Sin embargo, la tutela cautelar no requiere solo de la presencia de esos elementos de urgencia y prevención, sino que es necesaria la concurrencia de un peligro tal que no pueda ser atajado a tiempo por la tutela declarativa o ejecutiva.

a) Acción cautelar

En primer lugar, cronológicamente, el fenómeno cautelar aparece enfocado desde la idea de acción, desde una concepción "concreta", *lato sensu*, de la figura, siendo así la *acción cautelar* un poder autónomo válido para incitar una actividad del órgano jurisdiccional que permita obtener, de ser procedente, una resolución o medida de carácter cautelar. Esta línea aparece iniciada por CHIOVENDA, ya desde sus trabajos iniciales[94], así como en sus dos principales obras generales sobre el proceso civil[95]. Este

---

[93] En este sentido, vid. ALVARADO VELLOSO, A., *Las cautelas procesales. Crítica a las medidas precautorias*, Bogotá, 2010, págs. 16 y 17, desecha la denominación acción cautelar en favor del término petición cautelar, partiendo del entendimiento de que la principal medida cautelar, el embargo preventivo, surgió como una herramienta de protección del crédito, concedida sin audiencia de la otra parte, siendo esa ausencia de bilateralidad en la medida, según el autor, lo que lleva a preferir la denominación petición frente a acción, señalando –a nuestro juicio erróneamente- que el embargo preventivo «es la figura cautelar más antigua en la legislación procesal y, además, la mejor, más extensa y detalladamente tratada, el resto de las cautelas imaginables aparecidas con posterioridad han remitido a aquella figura la normación de sus propias condiciones de actuación».

[94] Cfr. CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit., pág. 67.

[95] Vid. CHIOVENDA, *Principios*… ob. cit., vol. I, págs. 281 y ss., caracteriza esta acción como un poder autónomo e independiente, al afirmar que «el poder jurídico de obtener una de esas resoluciones en una forma autónoma de acción (acción aseguradora) que no puede considerarse como accesorio del derecho asegurado (cautelado) porque existe como poder actual cuando aún no se sabe si aquel derecho existe».

Posteriormente, en *Instituciones*…, ob. cit., vol. I, págs. 36 y 37, siguiendo la línea de la obra citada en la nota inmediatamente anterior, divide las acciones, también denominadas formas de actuación de la ley en el proceso, denominando acciones de aseguradoras a los supuestos en los que se trata de asegurar la satisfacción de los derechos luego de su declaración.

planteamiento fue seguido, a su vez, por algunos de sus discípulos[96], así como otros profesores[97] fuertemente influenciados[98] por su obra.

Para PROTO PISANI, A., "Chiovenda y la tutela cautelar" en *La tutela jurisdiccional*, ob. cit., págs. 420 y ss., el apartado de las *Instituciones* de CHIOVENDA dedicado a la materia supuso un notable avance respecto al estado de la cuestión, dibujando unas primeras líneas generales y racionalización sobre la institución cautelar, aunque el intento resulte incompleto.

[96] *Ad exemplum*, LIEBMAN, E. T., *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1980, págs. 120, 161-164. Para LIEBMAN, de todas las clasificaciones propuestas sobre las acciones, la única clasificación relevante y atendible, desde el punto de vista procesal, es la que parte del tipo de resolución que se pide al órgano, por lo que pueden encontrarse acciones de cognición, acciones ejecutivas y acciones cautelares, las cuales dan origen a otros tantos tipos de procesos diferentes (pág. 120). Más adelante (págs. 161 y ss.) detalla el contenido y régimen de estas acciones cautelares.

[97] Entre nosotros, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, vol. I, ob. cit., págs. 5-6 y 239, desde un inicio, asume la terminología iniciada por CHIOVENDA al señalar que «el fin a que sirve el proceso civil, la conservación y actuación del ordenamiento jurídico privado -o la actuación de la voluntad concreta de la ley-, adopta tres formas distintas o se logra por tres medios […]: declaración, ejecución y aseguramiento» (pág. 5). Más adelante, señala que «en sentido procesal las acciones se clasifican conforme a las formas que puede adoptar la actuación de la ley en el proceso», resultando existentes tres tipos de las mismas: acciones declarativas o de conocimiento, acciones ejecutivas y acciones aseguratorias.

[98] Como señala VÁZQUEZ SOTELO, "La construcción del proceso cautelar en el Derecho Procesal Civil español", ob. cit., pág. 818: «el pensamiento de Gómez Orbaneja entronca directamente con la enseñanza de Chiovenda, que suele estar muy presente en la obra del ilustre procesalista español».

b) Proceso cautelar

Otra posible opción terminológica, denominación u óptica es la concepción de la materia cautelar bajo la veste de un "proceso"[99], iniciado por una de las partes, con el fin de obtener una medida cautelar, posición defendida principalmente por CARNELUTTI[100], seguido por otros profesores italianos[101], quien los entendía como un proceso de función mediata, que sirve para garantizar el buen fin de otro proceso, el proceso definitivo, que es presupuesto de la posible existencia del proceso cautelar. Esta denominación de proceso cautelar fue recogida, entre nosotros,

---

[99] Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, ob. cit., págs. 147 y 148, se muestra contrario a la denominación "procesos cautelares", pues bajo esa categoría se agrupan instituciones de muy diversa tipología y desconectadas entre sí, por lo que entiende como más adecuado referirse a "medidas precautorias o aseguratívas.". En términos similares, vid. "En torno a la noción de proceso preliminar" en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, tomo I, México DF, 1992 (1974), pág. 497, donde rechaza la denominación de *proceso* para las instituciones cautelares.

[100] Principalmente en sus obras *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., tomo I, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1997, págs. 86 y ss.

[101] Por ejemplo, ALLORIO, E. "Per una nozione del proceso cautelare*",* ob. cit, págs. 18 y 19; igualmente, "Necesidad de la tutela jurídica", trad. Alcalá-Zamora y Castillo, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo IV, núm. 14, 1954, pág. 108. También ROCCO, Tratado…, ob. cit., vol. V, págs. 3 y 6.

fundamentalmente por FAIRÉN GUILLÉN[102] o GUASP[103], pero no exclusivamente[104].

c) Medidas o providencias cautelares

Por otra parte, la tercera de las principales líneas u orientaciones ha entendido el fenómeno cautelar desde el punto de vista del estudio de la resolución final en la que el órgano jurisdiccional otorga la medida cautelar, en atención a las especiales características de este género de resoluciones.

---

[102] Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, "La reforma del proceso cautelar español", ob. cit. págs. 895 y ss.; también, en *Sugerencias sobre el "Anteproyecto de Bases para Código Procesal Civil" de 1966*, Valencia, 1966, págs. 19 y 223; o en *Doctrina general del Derecho Procesal*, Barcelona, 1990, págs. 46 y 47.

[103] Vid. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág. 1350.

[104] Por ejemplo, VÁZQUEZ SOTELO, "La construcción del proceso…", *ob. cit.*, pág. 841; también, MONTERO AROCA, J., *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Madrid, 1982, págs. 135 y ss.; "Medidas cautelares" en *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1988, págs. 443-445, donde aboga por la existencia de un proceso cautelar, como *tertium genus* entre el proceso de declaración y el de ejecución, siendo, a su juicio, necesaria la superación de la idea de la existencia de simples medidas cautelares.

También DE MIGUEL ALONSO, C., "Aseguramiento" en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo III, Barcelona, 1978, pág. 33; "Notas sobre el proceso cautelar", *Revista de Derecho Procesal*, núm. IV, 1966, págs. 87 y ss.

Curiosamente y contradictoriamente, por su parte, HERCE QUEMADA, V., (con GÓMEZ ORBANEJA, E.), Derecho Procesal Civil, 8ª ed., vol. II, Madrid, 1979, pág. 230, sostienen que es necesario emplear la denominación de procesos cautelares, aunque GÓMEZ ORBANEJA prescinda de ella en el primer volumen del manual conjunto. Mantiene así la opinión recogida en un trabajo anterior, "El proceso cautelar", *Revista de Derecho Procesal*, núm. IV, 1966, págs. 11 y ss.

Esta posición la podemos señalar como encabezada por CALAMANDREI[105] y ha gozado de gran predicamento dentro de la doctrina española[106], tanto clásica[107] como contemporánea[108].

---

[105] Cfr. CALAMANDREI, P., *Introducción al estudio*…, ob. cit., págs. 31 y ss., en un primer momento rechaza las posiciones de CHIOVENDA o CARNELUTTI de abordar el fenómeno procesal cautelar desde el punto de vista de una acción o proceso, pues «concibiéndose la acción como el poder de provocar un acto jurisdiccional con determinados efectos, es el contenido de la providencia el que puede servir para definir los varios tipos de acción y no viceversa» (pág. 33). Por tanto, será el contenido o efectos de las decisiones o providencias judiciales el que permita distinguir lo cautelar del resto, de ahí que sea el centro de atención del sistema de CALAMANDREI.

[106] Así lo afirma, ALONSO FURELOS, J. M., "Nuevas perspectivas sobre el proceso cautelar", *Justicia*, núm. II, 1990, pág. 341, n. 4.

[107] Por ejemplo, SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Teoría general de las medidas cautelares" en SERRA DOMÍNGUEZ, M. y RAMOS MÉNDEZ, F., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974.

También, la mayoría de los profesores participantes –GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, FONT SERRA, GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, GONZÁLEZ MONTES o PÉREZ GORDO– en la IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas (1973), se acogen a esta denominación. Las aportaciones de los anteriores aparecen recogidas en VV.AA., *El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974.

[108] Más recientemente, ARANGÜENA FANEGO, C., *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Barcelona, 1991, págs. 21 y 22; GARBERÍ LLOBREGAT, J., (Dir.) *Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cizur Menor, 2001, pág. 30; TORRES ROSELL, N*., Las medidas cautelares (Contraste entre la regulación coetánea a la LEC de 1881 y la LEC de 2000)*, Madrid, 2001, pág. 13; RIFÁ SOLER, J. M., "Requisitos de las medidas cautelares. Modificación y alzamiento de las cautelas" en *Cuadernos de Derecho Judicial: las medidas cautelares y los recursos*, núm. X, 2000, pág. 102; MARTÍN PASTOR, J., *La anotación preventiva como medida cautelar y el registro*, Madrid, 2000, págs. 72 y ss., BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares en el arbitraje*, Cizur Menor, 2006, pág. 78 y ss. PÉREZ DAUDÍ, V., *Las*

3.2. *Tutela cautelar* como denominación más adecuada

Sin embargo, entendemos que debe ser preferida la denominación *tutela cautelar*, recogida por diferentes miembros de la doctrina nacional[109] y extranjera[110]. Si atendemos a la fenomenología procesal cautelar podemos

medidas cautelares en los procesos de propiedad industrial, Barcelona, 1996, pág. 73; *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 2012, págs. 17 y 23 ORTIZ PRADILLO, J. C., *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Madrid, 2006, pág. 30; MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, Barcelona, 2010, pág. 85.

[109] Por ejemplo, han empleado esta noción de tutela cautelar entre nosotros: PEDRAZ PENALVA, "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil" ob. cit., págs. 24 y ss.; BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*, Valencia, 1999, págs. 515 y ss., aunque, en ocasiones emplee indiscriminadamente otros términos como proceso cautelar o medidas cautelares; CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, pág. 27.

[110] Han acogido esta denominación de tutela cautelar diversos autores. Así, CALVOSA, C, *La tutela cautelare (profilo sistematico)*, Torino, 1963, págs. 146 a 149, aunque señalando que la expresión tutela cautelar puede parecer, en el lenguaje común, tautológica o un pleonasmo, entiende que cautela añade una nota de prudencia al aseguramiento de la tutela. No obstante, en obra posterior, el propio CALVOSA, C., *Il processo cautelare e i provvedimenti d'urgenza*, Torino, 1970, pág. 88, emplea el término proceso, entendido como el fenómeno concreto del ejercicio de la función jurisdiccional, pero rechaza el de procedimiento, en el sentido de que no existe un esquema formal típico de la sucesión de actos procesales para conceder la tutela cautelar, sino una multiplicidad de estos.

Posteriormente, hacen uso, entre otros de esta terminología entre los italianos, LANCELOTTI, "Osservazione critiche intorno all'autonomia della tutela cautelare", ob.cit., pág. 234; PROTO PISANI, A., "Appunti sulla tutela cautelare", *Rivista di diritto civile*, 1987, pág. 113 y ss; "La tutela cautelar. (Estructura y funciones)", en *La tutela jurisdiccional*, trad. C. Marinelli, Lima, 2014, págs. 382 y ss.; CAPONI, R., "Piero Calamandrei e la tutela cautelare", *Rivista di diritto processuale*, núm. 5, 2012, págs. 1250-1257. En Brasil, por ejemplo, PELLEGRINI GRINOVER, A., *Ensaio sobre a processualidade*, Brasilia, 2016, pág. 36; MITIDERO, D.,

observar varios elementos distintos, que, si bien se encuentran íntimamente relacionados, es imprescindible su diferenciación para un estudio sistemático de las instituciones cautelares. Estas figuras entendemos que son fundamentalmente dos. Por un lado, encontramos el procedimiento cautelar que, como su propio nombre indica, es el conjunto de pasos, trámites o secuencias que deben seguirse para obtener la resolución cautelar necesaria para garantizar la eficacia del proceso principal. Por otro, encontramos las medidas cautelares, que son la expresión concretizada, contenida en la decisión judicial que, finalizando el procedimiento cautelar, otorga la cautela para el caso concreto que se pretende cautelar. Por todo ello, como conclusión, podemos afirmar, que la denominación que, al mismo tiempo, permite abarcar e incluir todos estos elementos es el de tutela cautelar, que supone una decidida apuesta epistemológica por una aproximación global en lo posible, y que recalca la opción, al menos en el proceso civil, por la autonomía e incide en la función de la institución: tutelar, amparar los derechos, optando así por una idea más elevada: la de la tutela jurídica, clásica desde la doctrina germánica[111] y, acorde con la terminología constitucional de tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE).

"Tendências em materia de tutela sumaria: de tutela cuatelar a técnica antecipatoria", *Revista de Processo*, núm. 197, 2011, págs. 27 y ss.

[111] Sobre el concepto de *Rechstsschutzanspruch,* debido a WACH*, Manual*…, vol. I, pág. 19 y ss. y su traducción como *pretensión de tutela jurídica*, vid. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, BarcelonaMadrid, 1943, págs. 333 y 334, nota 3. En contra, DE

4. AUTONOMÍA E INSTRUMENTALIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR

Una de las cuestiones que se ha suscitado, desde el inicio del estudio científico de las formas cautelares de tutela judicial es el de su autonomía, cuestión que, en nuestro modesto entender, puede desgajarse en dos aspectos diferentes. Desde un primer punto de vista, la autonomía puede concebirse como una cuestión conceptual, esto es, si podemos referirnos propiamente a la tutela cautelar como una forma diferenciada y propia de actuación jurisdiccional, dotada de unos principios, caracteres y notas particulares, que la distingan del resto de manifestaciones de la tutela jurisdiccional. Por otro lado, la cuestión de la autonomía nos lleva al terreno de si puede discutirse el carácter dependiente o no, respecto del proceso principal. Esto es, si nos encontramos ante una forma de tutela judicial dotada de autonomía respecto del proceso principal.

4.1. El planteamiento del problema en la obra de Calamandrei

En un primer momento, en su obra fundamental sobre la materia[112], CALAMANDREI, aun reconociendo la conservación o función cautelar

LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona, 1980, pág. 16, n. 24, quien, a nuestro juicio, acertadamente, contradice la insólita argumentación de GUASP.

[112] Nos referimos, naturalmente, a la ya citada y obligada *Introducción al estudio*…, ob. cit., passim., especialmente su Capítulo Primero, páginas 31 a 49.

como una forma de tutela autónoma[113], apuntaba como «nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: […] nunca constituyen un fin por sí mismas sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por así decirlo, al servicio de una providencia definitiva». A esta relación entre medidas cautelares y proceso declarativo CALAMANDREI la denomina *instrumentalidad*, «que liga inevitablemente de toda providencia cautelar a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta». Por tanto, el planteamiento doctrinal de CALAMANDREI entiende que la característica definitoria y consustancial a la misma es la instrumentalidad, su carácter de tutela mediata, subordinada al proceso principal. Sin embargo, esta instrumentalidad no es una instrumentalidad cualquiera, sino que debe tener unos caracteres concretos[114]. Siguiendo en este punto a CALAMANDREI, MONTERO AROCA habla de *nota cualificada de instrumentalidad*, en el

---

[113] Sigue, en este punto CALAMANDREI, a CHIOVENDA, al que cita expresamente: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. I, trad. Gómez Orbaneja de la 2ª ed. italiana, Madrid, 1936, pág. 36: «La actuación del proceso puede asumir tres formas: conocimiento, conservación, ejecución». Dicha división tripartita ya la había adoptado CHIOVENDA en su prolusión *La acción en el sistema de los derechos*, de 1903, como ya hemos señalado en páginas anteriores.

[114] Apunta MONROY PALACIOS, J. J., *Bases para la formación de una teoría cautelar*, ob. cit., págs. 152, que esta instrumentalidad no debe ser entendida en un sentido procedimental, sino teleológico, esto es, cualquier providencia intermedia es instrumental respecto de la decisión final, porque sin aquellas no sería posible esta.

sentido de que «no […] cualquier instrumentalidad sirve para caracterizar a una medida como cautelar, es precioso que la medida sea instrumento para garantizar la eficacia posterior de la resolución a dictar, su efectiva ejecución»[115]

Como se indicará más adelante, la postura de CALAMANDREI ha sido, y en buena medida sigue siendo, el punto de referencia de la doctrina italiana y española: la instrumentalidad como nota definitoria y distintiva de la tutela cautelar.

Sin embargo, esta postura no ha estado exenta de voces disidentes o críticas doctrinales. Un ejemplo significativo puede encontrarse en la obra de UGO ROCCO, quien consideraba tal característica de la instrumentalidad como una «nota común y general de todas las providencias jurisdiccionales emitidas en el curso de un proceso»[116].

---

[115] Cfr. MONTERO AROCA, J., "Medidas cautelares", en T*rabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1988, pág. 429. MONTERO AROCA no hace sino continuar por la misma senda conceptual que CALAMANDREI en su *Introducción al estudio*…, ob. cit., pág. 39-40 y 44, donde señala que lo decisivo es que estas medidas nacen al servicio de una sentencia futura, para asegurar sus resultados.

[116] Cfr. ROCCO, U*., Tratado de Derecho Procesal Civil,* vol. V, Bogotá, 1977, pág. 63.

4.2. La posición de Chiovenda y de la doctrina siguiente

Por su parte, CHIOVENDA, precediendo a CALAMANDREI, parece partir de otras coordenadas. Ya en su renombrada obra, *La acción en el sistema de los derechos*, anteriormente mencionada, calificaba la acción cautelar como una de las formas de acción. En la conocida como *prolusión boloñesa* afirma el célebre maestro: «la tutela en el proceso se actúa: a) mediante la declaración de certeza del derecho; b) mediante ejecución de una declaración de certeza de derechos; c) mediante providencias cautelares»[117], estableciendo de este modo una clasificación tripartita de las acciones, dentro de la cual se incluye como categoría independiente las acciones de tutela cautelar, por lo que podemos considerar que se dota a las mismas de

[117] Cfr. CHIOVENDA, *La acción en el sistema*…, ob. cit., pág. 67. La citada afirmación no está contenida en el cuerpo del escrito original, sino que está en una de las extensísimas y ricas notas, concretamente, en la nota 7 (sobre las notas de la prolusión, su trascendencia y entidad, vid. PROTO PISANI, A., "Ricordando Giuseppe Chiovenda: Le note alla «Azinone nel sistema dei diritto»", *Il Foro Italiano*, núm. 3, 2003, págs. 61 y ss.). CALAMANDREI, por su parte no parece ser partidario de esta tripartición de CHIOVENDA. En "La sentenza dichiarativa di fallimento comme provvedimento cautelare", *Opere Giuridiche*, vol. IX, Napoli, 1983, págs. 405 y ss. (publicado orignialmente en *Rivista di diritto commerciale*, 1936, núm. I, 279 y ss.), considera la anterior clasificación totalmente desacertada, por tratarse de fenómenos no homogéneos : «chi volesse tripartiré i provvedimenti giurisdizionali in dichiartativi, esecutivi e cautelari, farebbe una classificazione illusoria per l'eterogeneità dei termini, como chi dichese, per essempio, che gli esseri umani si distinguono in uomini, donne ed europei».

un embrión de autonomía, cuanto menos, conceptual, aunque, más dudosamente, funcional o estructural[118].

Sin duda, el anterior planteamiento de estos dos grandes maestros italianos contrasta con la consideración que hasta el momento gozaba la tutela cautelar, como mero apéndice de la ejecución, complemento asegurativo de esta[119], dominante en la doctrina anterior.

Siguiendo la estela iniciada por su maestro CHIOVENDA, ENRICO TULIO LIEBMAN, otro autor destacado en la materia, en su *Manual*, acoge plenamente los planteamientos anteriormente descritos. En primer lugar, señala que, junto a las funciones de cognición y ejecución, se encuentra una tercera actividad, la cautelar, «que tiene una finalidad auxiliar y

---

[118] Sobre las ideas de *función* y *estructura*, vid. CARNELUTTI, F., *Metodología del Derecho*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 2006, págs. 148-150, propició y difundió este binomio, clave de bóveda de la dualidad de su aproximación metodológica a cualquier institución jurídica, siendo la *estructura* el cómo está compuesta o integrada una institución, y la *función* la determinación de para qué sirve la misma.

[119] Por ejemplo, Vid. KISCH, W., Elementos de Derecho Procesal Civil, Trad. Prieto Castro, Madrid, 1932 (1929, 4ª ed. Alemana), págs. 380 a 383, trata de las "medidas provisionales de seguridad", dentro del capítulo dedicado a la ejecución forzosa, aunque admite que estas medidas no solo persiguen, simplemente, asegurar una futura ejecución, «sino la evitación de perjuicios hasta la resolución definitiva del negocio, pues cuando se ordena la realización de una prestación [---] para evitar un daño» (pág. 381).

subsidiaria»[120], para, más adelante, con mayor claridad si cabe, afirmar que «la acción cautelar está siempre vinculada por una relación de complementariedad respecto de una acción principal […]. Esta relación está dada por esto: que la cautela que se pide tiene la finalidad de garantizar el proficuo resultado de la acción principal»[121]. Por tanto, LIEBMAN también se posiciona caracterizando la tutela cautelar como una forma instrumental respecto de la acción principal, preordenada a garantizar la efectividad del ulterior pronunciamiento judicial, lineamiento que ya estaba presente en alguno de los trabajos del maestro italiano[122].

No obstante, tras las anteriores afirmaciones, contempla la posibilidad de la adopción de este tipo de medidas «en forma autónoma», de forma previa al inicio del proceso principal. Sin embargo, a pesar de reconocer este carácter autónomo de las acciones cautelares, entendemos que LIEBMAN no está

---

[120] Vid. LIEBMAN, E. T., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1980, pág. 161. La traducción es de la edición italiana de 1973 y 1976, publicándose en dos volúmenes, originalmente.

[121] Ibíd., pág. 162.

[122] Previamente al arriba citado *Manual* de 1973-76, en el trabajo "Unità del Procedimento Cautelare", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 1, 1954, pág. 248 y ss., al ocuparse del procedimiento cautelar o de adopción de medidas cautelares, señala que «si trata sempre di un procedimento unico tendente direttamente a porre in atto la cautela», afirmando, a modo de conclusión que «il processo cautelare si contrapone come tertium genus a quello di cognizione ed a quello di esecuzione è caratterizato dalla sua funzione strumentale, ausiliaria, nei confronti di un proceso principale, del quele mira a garantiré la proficuità dei risultati, nei casi ammessi dalla lege» (ob. cit., pág. 254).

aquí defendiendo la posibilidad de adopción de medidas de carácter autosatisfactivo o anticipatorio, sino que, en este caso, se refiere a la virtualidad de adoptar la misma antes de la interposición de la demanda, como actualmente acoge, en nuestro derecho, en el art. 730.2 LEC.

4.3. La doctrina española

Continuando con esta senda, en nuestro país, la posición dominante ha acogido los planteamientos de CALAMANDREI, como examinaremos a continuación.

4.3.1. Doctrina clásica

Dejando a un lado la obra manualística de destacados profesores[123], los principales estudiosos de la materia de nuestro país aceptaron plenamente,

[123] En este punto, es preciso referirnos a algunas obras de referencia dentro del Derecho Procesal español. En primer orden temporal, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., Exposición del Derecho Procesal Civil de España, Tomo II, Zaragoza, 1945, pág. 525, donde ya habla del carácter accesorio de las medidas cautelares como elemento esencial de las mismas y afirma que «cualquier actuación o pronunciamiento judicial que constituya o pueda constituir un fin en sí mismo no puede conceptuarse como una medida de aseguramiento», de manera que el fin de estas queda preordenado a garantizar la futura ejecución (en esta obra inicial, PRIETO-CASTRO todavía vincula, como los autores alemanes clásicos, las medidas cautelares a la ejecución). Posteriormente, en su *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. II, 2ª ed., Pamplona, 1985, págs. 847 y ss., ya habla de la tutela cautelar como una nueva función, diferenciada de la declarativa y ejecutiva, de la Jurisdicción; y, sin emplear expresamente el término instrumentalidad, señala que su fin debe ser únicamente «garantizar la efectividad o la utilidad, o ambas cosas, de las decisiones de los órganos jurisdiccionales; pero en un sentido más amplio […] procurar o conservar a las partes de un proceso presente o futuro una posición que sea

desde principios de la década de 1960, las ideas de CALAMANDREI sobre la instrumentalidad como característica esencial de las medidas cautelares, aunque con algunos destacables matices.

Primeramente, CARRERAS LLANSANA, al examinar el art. 1428 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que parecía establecer un genérico poder de cautela, sin emplear expresamente el término *instrumentalidad*, no duda en caracterizar las medidas cautelares como

necesaria o conveniente en dicho proceso». En otras palabras, delimita el fin de las medidas cautelares que, para poder ser consideradas como tales, debe ser puramente instrumental respecto de un proceso principal.

Por su parte, HERCE QUEMADA, en el segundo volumen del *Derecho Procesal Civil* junto a GÓMEZ ORBANEJA, 8ª ed., Madrid, 1979, págs. 231 y 232, incluye la instrumentalidad, recogiendo las palabras de CALAMANDREI de la tutela cautelar como instrumento del instrumento, entre las notas o características propias de las medidas cautelares.

Desde un planteamiento más heterodoxo, DE LA PLAZA, M., *Derecho Procesal Civil español*, 2ª ed., Madrid, 1945, págs. 35 y 36, pretendía distinguir entre medidas cautelares o provisionales y proceso cautelar, diferenciando entre «aquellos proveídos urgentes que preparan la iniciación de un proceso o surgen en el curso del que ya se inició, pero en uno y otro caso, en íntima conexión con él, y aquellos institutos en que el ejercicio de una acción cautelar permite un desenvolvimiento procesa en cierto modo autónomo» y, aunque el estado de la legislación en aquel momento no era precisamente favorable, entiende que esta «construcción lógica de los verdaderos procesos cautelares, sólo en ese sentido es posible hablar de su *autonomía*, en cualquier supuesto relativa, respecto al proceso de cognición y de ejecución», teniendo en cuenta, en todo caso, que el autor incluye, por ejemplo, los interdictos entre las medidas cautelares.

aquellas que aparecen como «preordenadas a la ejecución y son un medio de no hacer inútil el proceso declarativo»[124]

Posteriormente, con ocasión de la IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal de la Universidades Españolas (1973), varios autores aportaron su visión sobre la cuestión de la instrumentalidad de las medidas cautelares. Así, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, al tratar los elementos definidores de las medidas cautelares señala que «su finalidad es claramente instrumental y está preordenada a la eficacia de una resolución, normalmente una sentencia de condena, aún todavía no dictada»[125]. Por su parte, FONT SERRA, señala dos «notas características fundamentales, a la vez que fundamentadoras, de la justicia cautelar: la instrumentalidad y la provisionalidad»[126]. La instrumentalidad, entiende este autor, «supone que la tutela cautelar tiene una relación de servicio respecto al proceso, en virtud de cuya incoación o intención de promoverlo se ha adoptado la medida de

---

[124] Vid. CARRERAS LLANSANA, JORGE, "Las medidas cautelares en el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil" en FENECH NAVARRO, M. y CARRERAS LLANSANA, J.; *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, págs. 371 a 372. Sin embargo, este trabajo ya apreció publicado en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, págs. 473 a 494.

[125] Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", en VV.AA., *El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974, pág. 13

[126] Vid. FONT SERRA, E., "Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva", en *El sistema*…, ob. cit., pág. 143.

justicia cautelar»[127], esto es, una relación de dependencia entre el proceso cautelar y el proceso declarativo principal.

Finalmente, en este espigar intelectual por las posiciones al respecto de algunos de los más destacados procesalistas españoles del pasado siglo, SERRA DOMÍNGUEZ, afirma tres caracteres esenciales de las medidas cautelares: instrumentalidad, temporalidad y homogeneidad. Pues bien, tratando de la característica que nos ocupa en este momento, y siguiendo a CALAMANDREI, SERRA considera esta nota como «propia de la medida cautela que pone de relieve su vinculación con la pretensión deducida en el proceso, pretensión que normalmente será actuada en la sentencia definitiva»[128], entendiendo que la instrumentalidad es el elemento fundamental para distinguir toda pretendida medida cautelar, por cuanto no lo serán aquellas que no estén dirigidas a una medida definitiva. Como conclusión, apunta SERRA que esta nota «constituye un importante obstáculo a tener en cuenta en el momento de pretender configurar un

[127] Ibíd. Sostiene, consecuentemente, que el resto de caracteres predicados de las medidas cautelares son mera derivación de los dos principales, instrumentalidad y provisionalidad.

[128] Así en SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Teoría general de las medidas cautelares" en SERRA DOMÍNGUEZ, M. y RAMOS MÉNDEZ, F*., Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, págs. 15 y 16.

proceso cautelar autónomo, pues la autonomía casa muy mal con la instrumentalidad y dependencia propia de las medidas cautelares»[129].

4.3.2. Doctrina contemporánea

Entre los autores actuales, ORTELLS RAMOS, apoyándose notablemente en la, entonces, recién aprobada Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, afirmaba, citando al propio CALAMANDREI, que «estas medidas son inmediatamente instrumentales respecto al derecho que hace valer el actor, que obtiene con ellas una satisfacción provisional, y no instrumentales respecto a la sentencia definitiva que se ordene, a su vez, a producir la satisfacción»[130]. De igual manera, con mayor claridad si cabe, CALDERÓN CUADRADO, condiscípula del arriba citado, determina que «la clave para asignar a una medida el calificativo de cautelar sigue estando, a nuestro modo de ver, en el carácter instrumental –y en lo que se entiende por tal —

[129] Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, "Teoría general…", en *Las medidas cautelares*…, ob. cit., págs. 17 y 18.

[130] Cfr. ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, Madrid, 2000, págs. 38 y 39. La postura al respecto de ORTELLS RAMOS se ha mantenido a lo largo del tiempo; por ejemplo, en "Problemas del proceso de alimentos provisionales", Justicia, 1982, núm. IV, págs. 11 y 12, al respecto de las resoluciones de alimentos provisionales, señala que «por la dependencia de esta concesión provisional de alimentos de otro proceso, aparece su similitud con las medidas cautelares. Pero, por su eficacia de conducir a la satisfacción (provisional) del derecho y no solo al aseguramiento de la sentencia, su naturaleza cautelar podría negarse desde una postura teórica ampliamente adoptada en nuestra doctrina.».

que les vincula a un proceso, llamado principal, o más concretamente a la resolución final cuya efectividad se trata de asegurar»[131].

Por su parte, GASCÓN INCHAUSTI, apoyándose en la obra fundamental de CALAMANDREI, pero prestando mayor atención al elemento teleológico, entiende que el «carácter definitorio es […] su instrumentalidad: las medidas cautelares no son algo que per se pueda satisfacer de modo definitivo el interés al acto y poner final al conflicto. Esta función satisfactiva sólo la puede desempeñar con plenitud el proceso principal: las medidas cautelares sólo contribuyen o colaboran a ese fin, están al servicio de un

---

[131] Vid. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, ob. cit., pág. 35. En este sentido, continúa, «como instrumento que es la medida cautelar necesariamente debe cumplir su función en relación al proceso principal» (pág. 35), lo que supone, primero, que la medidas «sólo podrán acordarse en tanto en cuanto ese proceso se haya iniciado», aunque caben excepciones; segundo, «que finalizado el proceso principal la medida cautelar se extinga»; tercero –aunque a nuestro entender esta consecuencia no deja de ser idéntica a la anterior— «la medida cautelar tiene una duración temporal supeditada a la duración del proceso temporal»; por último, la medida debe ser adecuada a la protección que se quiere otorgar.

Respecto a la temporalidad o duración supeditada de la medida cautelar, la propia CALDERÓN CUADRADO, señala que algunos autores como SERRA, apoyándose en CARNELUTTI, entienden la temporalidad como una característica diferente de la instrumentalidad, no como un mero producto de esta y como elemento distintivo del proceso cautelar respecto del declarativo y del ejecutivo. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, "Teoría general…", ob. cit., pág. 17. En idéntico sentido, FONT SERRA, "Las medidas cautelares como manifestación…", en *El sistema*…, ob. cit., pág. 143.

proceso declarativo»[132]. Concluye acentuando esta posición esencial de la instrumentalidad como nota característica y definidora de la tutela cautelar, que «es […] esa necesaria vinculación con un proceso declarativo la que nos permite distinguir cuándo estamos realmente ante una medida cautelar y cuándo ante un proceso sumario o ante un instrumento análogo de la denominada tutela provisional de los derechos»[133].

Incluso los más recientes estudios doctrinales se mantienen en esta concepción iniciada por CALAMANDREI, aunque con matices. En su reciente y más general estudio sobre la institución, PÉREZ DAUDÍ, recoge, en primer lugar, la instrumentalidad como carácter de las medidas cautelares[134], aunque, a la hora de exponer su contenido, distingue entre lo

---

[132] Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., "Introducción: la pendencia del proceso principal como genuino presupuesto de las medidas cautelares", *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Barcelona, 2004. [Disponible en http://vlex.com/vid/pendencia-principal-genuino-presupuesto-202353, págs. 1 y 2 (última consulta, 08/09/2014)].

[133] Ibíd., pág. 4.

[134] Continúa así en la línea iniciada en alguno de sus primeros trabajos, como *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Barcelona, 1996. Al tratar de los caracteres de las medidas cautelares en los procesos de propiedad industrial, el primero de ellos es el de la instrumentalidad, señalando, como punto de partida, que el art. 133.1 de la Ley de Patentes de 1986, exige, como consecuencia del citado carácter instrumental, «el ejercicio de una de las acciones previstas en esta ley para que se pueda solicitarla adopción de una medida cautelar. Este precepto es una consecuencia del carácter instrumental, consistente en que la medida cautelar depende en su existencia de la pendencia de un proceso principal que la asegura» (pág. 73). Posteriormente, tras recorrer los diferentes significados dados por la doctrina clásica al respecto, mantiene PEREZ DAUDÍ, siguiendo lo expuesto por su maestro, SERRA DOMÍNGUEZ, en "Teoría general de las medidas cautelares", *Las medidas cautelares*…, ob.

que denomina *instrumentalidad tradicional*, frente a una nueva interpretación del mismo carácter, que denomina *instrumentalidad atenuada*[135], idea que ya había aparecido en algunos otros estudiosos de la materia de la llamada *escuela barcelonesa* de Derecho Procesal[136]. En primer término, la llamada *instrumentalidad tradicional,* viene definida por la «necesidad de que exista un proceso principal cuya efectividad se asegura, que puede ser tanto de declaración como de ejecución»[137]. Por tanto, esta concepción de la instrumentalidad como elemento central y definidor de la tutela cautelar impide concebirla con finalidades distintas al aseguramiento de la efectividad del proceso, declarativo o ejecutivo, principal, al que van irremediablemente unidas.

---

cit., págs. 11 y ss., que la primera de las características de las medidas cautelares es la instrumentalidad, pues «con este tipo de medidas pretendemos asegurar la efectividad de la resolución que en su día se dicte, y se adoptan durante la pendencia del proceso , e incluso antes de la misma» (pág. 76).

[135] Vid. PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, ob. cit., págs. 35 y siguientes, donde recoge diferentes manifestaciones en las leyes procesales de otros ordenamientos de esta instrumentalidad atenuada.

[136] Por ejemplo, VÁZQUEZ MORAGA, Y. J., La atenuación de la instrumentalidad de las medidas cautelares en las recientes legislaciones procesales, Barcelona, 2007 (tesina inédita, que manejamos por cortesía del autor, al que agradecemos desde aquí su amabilidad), pág. 149, señala que «la investigación […] se limita a defender que se atenue su funcionamiento [el de la instrumentalidad] en casos de medidas cautelares que por su contenido material o sustancial son medidas anticipatorias de la tutela definitiva, cuya concesión puede hacer desaparecer el conflicto entre las partes».

[137] Vid. PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares*…, ob. cit., pág. 31.

A modo de ejemplo, MALLANDRICH MIRET, al estudiar las medidas cautelares en el arbitraje[138], señala la instrumentalidad como «una de las notas que caracterizan las medidas cautelares», reconociendo que «en la actualidad la doctrina es unánime al señalar que se trata de uno de los caracteres configuradores de las medidas cautelares»[139]. En un sentido parecido, MARTÍN PASTOR, señala la instrumentalidad como el primero de los parámetros necesarios para determinar la naturaleza cautelar de una medida, acudiendo a la concepción de CALAMANDREI de que las medidas cautelares, en relación con la finalidad última de la función jurisdiccional constituyen instrumentos de los procesos de declaración y ejecución[140].

---

[138] Cfr. MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, Barcelona, 2010, págs. 89 a 93.

[139] Ibid. pág. 89. A continuación, realiza un breve repaso del significado de esta instrumentalidad en la obra de algunos de los más destacados procesalistas españoles desde finales de la década de 1960.

[140] Vid. MARTÍN PASTOR, J., *La anotación preventiva como medida cautelar y el registro*, Madrid, 2001, págs. 72 y 73.

4.4. La instrumentalidad y su plasmación legislativa

Nuestra legislación positiva acoge desde 2000, sin lugar a dudas, esta nota de la instrumentalidad en su regulación de las medidas cautelares[141]. Comenzando por el artículo que abre el Título VI del Libro III, el art. 721, señala la posibilidad de solicitar las medidas cautelares «necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare», manifestando, con total claridad, el carácter ancilar de la tutela cautelar respecto de la declarativa o ejecutiva[142]. Nuevamente, observamos esta relación, este carácter instrumental en el art. 723, al determinar que la competencia para conocer de las medidas cautelares corresponde al órgano judicial competente para el proceso

---

[141] *Ad exemplum*, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J. (con SEOANE SPIEGELBERG, J. L.), *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Santiago, 2006, pág. 547, señala que «la instrumentalidad aparece contemplada en el plano legal a tenor de lo previsto en los arts. 721, 726.1.1ª, 727.1º, 728.1 y 731.1. L.E.C.». En sentido similar, PEDRAZ PENALVA, E., "La tutela cautela en la Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., págs. 64

[142] Cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., "Artículo 726" en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F. (Coords.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Barcelona, 2000, pág. 3263, señala que de este precepto y del art. 726.1.1º se deduce que «toda medida cautelar existe en función de una (posterior y eventual) medida ejecutiva: aquélla, sirve sólo para preparar ésta. Por eso se dice que las medidas cautelares son instrumentales (porque sólo tienen sentido en función, simultáneamente, de una ejecución futura y de un proceso de declaración ya comenzado o que ha de comenzar de inmediato)».

principal[143]. Empero, los preceptos que confirman esta situación en nuestro Derecho positivo son, fundamentalmente, el art. 726.1.1ª y el art. 730.2 LEC. El primero de ellos, al enumerar las características que deben reunir las medidas cautelares para que puedan ser adoptadas por el órgano judicial, señala que la medida deberá «ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria», por lo que indubitadamente se hace a la tutela cautelar dependiente de la principal[144]. El segundo de los citados, el art. 730.2, al tratar el momento de solicitud de las medidas cautelares, determina una excepción a la regla general de que deberán solicitarse en el mismo momento de la demanda, permitiendo que, en los casos en que se acrediten razones de urgencia y necesidad, se soliciten antes de la demanda[145]. Este aparente paso hacia la autonomía queda cortado por el siguiente inciso del artículo, donde precisa que «las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presenta […] en los veinte días siguientes a su

---

[143] Como bien señala ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 89, las normas que rigen la competencia en los procedimientos cautelares son de naturaleza imperativa, por lo que no podrán las partes alterar dichas normas mediante acuerdo de sus voluntades. La competencia, además, deberá ser examinada de oficio, cfr. GÓMEZ COLOMER, "El novísimo procedimiento cautelar civil", *Justicia*, núm. 1., 2001, pág. 11.

[144] Cfr. PEDRAZ PENALVA, "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., pág. 58.

[145] *Vid.* ORTELLS RAMOS, M., "La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia…", ob. cit., pág. 602

adopción»[146]. En conclusión, la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, vincula y subordina férreamente las medidas cautelares al proceso principal, siendo nítida esa función o característica de instrumentalidad predicada por la mayoría de nuestra doctrina.

4.5 La superación de la concepción clásica de la instrumentalidad: la instrumentalidad atenuada

Como hemos visto, algunos autores, como el citado PÉREZ DAUDÍ en su monografía más reciente[147], parecen querer superar, al menos parcialmente, esa nota esencial de las medidas cautelares que es la instrumentalidad, apoyados en experiencias legislativas extranjeras, que vienen siendo conocidas como de instrumentalidad atenuada[148], donde una tutela *ante*

---

[146] A este respecto GASCÓN INCHAUSTI, "Introducción: la pendencia…", ob. cit., págs. 3 y 4, entiende que, para el caso de estas medidas, que denomina *ante demandam* o *ante causam*, «el presupuesto de las medidas cautelares es la pendencia futura […] pero inminente del proceso», para concluir rotundamente que «la pendencia del proceso principal –con independencia del momento procesal en que se adoptan las medidas cautelares también condiciona el mantenimiento o subsistencia de éstas: si el proceso sobre el fondo termina, se extinguen también las cautelas».

[147] Cfr. PÉREZ DAUDÍ, Las medidas cautelares *en el proceso civil,* ob. cit., págs. 35 a 40. En este caso, el autor denomina a este fenómeno instrumentalidad atenuada, como ya recogimos anteriormente. Apunta también a este fenómeno, VALLESPÍN PÉREZ, D., *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, Sabadell, 2009, págs. 62 y 63.

[148] Esta terminología parece proceder de estudios como PROTO PISANI, A.,"Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia proessuale", *Il Foro Italiano*,

causam no se supedita su mantenimiento al entablamiento de un posterior proceso principal sobre el fondo del asunto.

En el caso de Italia, encontramos, desde la reforma operada por la Ley núm. 80, de 15 de mayo de 2005, en los artículos 669-*octies* del *Codice di Procedura Civile*.

Previamente, para una materia muy delimitada, el Decreto Legislativo de 17 de enero de 2003, núm. 5[149], regulador de varios procedimientos sobre Derecho societario, bancario y crediticio, ya estableció un supuesto donde la vinculación e instrumentalidad de la tutela cautelar a la tutela principal quedaba realmente difuminada. En principio, conforme al art. 23.1 del citado Decreto Legislativo «nelle controversia di cui al presente decreto, ai provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito non si aplica l'articolo 669-octies del códice di procedura civile, ed essi non perdono la loro eficacia se la causa non viene iniziata». Esto es, respecto a las medidas en materia

vol. V, 1998, pág. 8; COSTANTINO, G.; "Il nuevo proceso commerciale: la tutela cautelare", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 3, 2003, págs. 651-677; o SALETTI, A., "Le misure cautelari a strumentalità attenuata" en TARZIA, G., y SALETTI, A. (Dirs.), Il proceso cautelare, Padova, 2011, pág. 293-323; RICCI, E. F., "Verso un nuevo processo civile", núm. 1, 2003, págs. 211 y ss.

[149] Disponible en http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03005dl.html (consultado 04/10/2014). Con más detalle sobre las novedades introducidas por esta norma, PROTO PISANI, A., "La nuova disciplina del processo societario. Note a prima lettura", *Il Foro Italiano*, núm. V, 2003, págs. 1 y ss.

societaria que puedan anticipar los efectos de una futura sentencia, no rige la norma impuesta por el art. 669-*octies* CPC, que para las medidas adoptadas *ante causam* impone la obligación de que el auto que las acuerde establezca un plazo, no superior a sesenta días, para iniciar el proceso principal. Por ello, estas medidas pueden mantenerse vigentes aun no interponiéndose la demanda, necesaria en otros casos, aunque pudiendo ser modificadas o revocadas ante el mismo órgano judicial que las dictó si hubiese una variación en las circunstancias que motivaron su adopción, siempre a través de un procedimiento contradictorio y con audiencia de las partes. En todo caso, aunque se iniciase ese proceso sobre el fondo y, por alguna causa, se viese terminado, las medidas adoptadas no tendrían que devenir necesariamente ineficaces (art. 23.4). Por último, la medida así adoptada no tiene fuerza alguna de cosa juzgada ni puede invocarse en procedimiento alguno diferente a aquel en que se dictó (art. 23.6)[150].

En un principio, la *ordinanza di accoglimento* (equivalente a nuestro auto acordando medidas cautelares del art. 735 LEC), si la misma se adopta antes del inicio del proceso principal, deben señalar un plazo para la interposición de la acción principal[151]. Sin embargo, la reforma del CPC anteriormente referida extendió este régimen especial, en el que se desvincula parcialmente

[150] Cfr. COSTANTINO, "Il nuevo proceso commerciale…", ob. cit., pág. 655 y ss.

[151] Vid. CONSOLO C., "669-novies. Inefficacia del provvedimento cautelare" en *Codice di procedura civile commentato*, vol. III, 5ª ed., Milano, 2013, págs. 318 y ss.

la tutela cautelar *ante causam* de la tutela definitiva, en el sentido de que ya no será necesaria la interposición de demanda para que no decaigan los efectos cautelares[152], para los *provvedimenti d'urgenza* emanados del art. 700 CPC, así como de cualquier otra medida cautelar que sea idónea para adelantar los efectos de la tutela[153] (art. 669-*octies*, pár. 6.)[154]. Aunque este tipo de providencias cautelares no genera fuerza de cosa juzgada, pues los mismos son revocables en cualquier momento por medio de los recursos o de otro proceso sobre la misma cuestión, si adquieren cierta estabilidad[155].

---

[152] En este sentido, DIANA, A. G., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC*, Torino, 2012, pág. 29, señala que «l'attenuazione della strumentalità del provvedimento d'urgenza, ha avuto l'effetto della sopravvenuta non necessità di ricorrere alla determinazione del termine relativo all'instaurazione del giudizio di merito, fi nalizzato ad impedire il formarsi dell'ineffi cacia della misura cautelare».

[153] Para una enumeración de estos procedimientos que adelantan los efectos de la tutela, vid, CAPONI, R., "La nueva disciplina general de los procedimientos cautelares", *Ius et veritas*, núm. 32, 2006, pág. 235.

[154] Vid. CELESTE, A*., Il nuovo procedimento cautelare civile: commentario breve con giurisprudenza*, 2ª ed., Milano, 2010, pág. 348-349.

[155] Cfr. MARINUCCI, M., "La satbilitá dei provvedimenti cautelari in materia de proprietà intellettuale ed industriale alla luce del d. lg. N. 140/2006", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 1, págs. 101 y ss.

CAPÍTULO III. LOS PRESUPUESTOS DE LA TUTELA CAUTELAR

Para que la tutela cautelar, a nuestro entender, pueda ser concebida como tal, diferenciándola de otras formas próximas o similares de tutela jurisdiccional, para su otorgamiento deben concurrir dos presupuestos[156] fundamentales, que no deberían faltar y cuya existencia se nos plantea como imprescindible[157]. En primer lugar, encontramos la apariencia de

---

[156] Sobre el concepto de presupuesto, seguimos la formulación de GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Tomo I, Madrid, 1943, pág. 683: «entendemos por presupuesto aquella circunstancia o conjunto de circunstancias que deben darse en un acto para que produzca todos y solos los efectos a los que normalmente va destinado; en este sentido, los presupuestos de un acto equivalen a sus requisitos, exigencias o condiciones en sentido impropio». Precisando más sobre este concepto, señala que «una noción más restringida del presupuesto o la condición es la que ve en ellos la exigencia de que a un determinado acto precedan (presupuestos) o sigan (condiciones) otros acaecimientos de los que depende la eficacia del acto en cuestión; construcción que tiene singular interés dentro del proceso que se concibe como una serie o sucesión de actos cada uno de los cuales supone el anterior y da lugar al siguiente. Entendidos en este sentido, el presupuesto y la condición se diferencian de los simples requisitos definidos anteriormente; […] y determinan mediante su existencia o inexistencia la eficacia de los actos posteriores o anteriores al presupuesto o a la condición» (págs. 683 y 684).

[157] No solo en nuestro país se mantiene que estos dos presupuestos son aquellos cuya concurrencia es necesaria para poder sostener la tutela cautelar. Por ejemplo, para MANDRIOLI, C., *Diritto Processuale Civile*, 21ª ed., vol. IV, Torino, 2011, pág. 246 «l'azione cautelare è condizionata sia dalla sussitenza di un pericolo al quale il ritardo può esporre il diritto (periculum in mora) e sia da un'approssimativa verosimiglianza circa l'esistenza del diritto stesso (fumus boni juris)». Por su parte PROTO PISANI, A., *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 2ª ed., Napoli, 1996, pág. 657: «la tecnica della tutela cautelare consiste nel conferire alla parte il potere di chiedere al giudice l'emanazione di un proveedimento somario a termine di un procedimento [...] egualmente sommario, sulla base della valutazione: a) del fumus boni

verosimilitud de la petición formulada, también denominada apariencia de buen derecho (art. 728.2 LEC) o *fumus boni iuris*. En segundo lugar, aparece el peligro por la mora procesal (art. 728.1 LEC) o *periculum in mora*.

Además de los anteriores, cierta doctrina sostiene la caución como un tercer presupuesto de la tutela cautelar. Sin embargo, creemos que esta opinión no es acertada, pues, en realidad, el órgano judicial, en el momento de admitir o rechazar una pretensión cautelar, únicamente se debe detener a analizar la concurrencia de los dos presupuestos anteriormente citados y, si se encuentra ante ellos, procederá a su otorgamiento. Lo que, realmente, sucede es que la ejecución de la medida cautelar se encuentra

---

iuris, cioè della probabile esistenza del diritto che costituirà (o già costituisce) oggeto del processo a cognizione piena; b) del periculum in mora, cioè della (probabile) sussistenza di un danno che può derivare all'attore dalla durarat, o anche a causa della durata, del processo a cognizione piena».

Otros, como el peruano MONROY PALACIOS, J. J., *Bases para la formación de una tutela cautelar*, Lima, 2002, pág. 167, afirman que «quién realiza la petición cautelar debe fundamentar su pedido con requisitos tradicionalmente admitidos por la doctrina. Ellos son los siguientes: apariencia de fundabilidad del derecho discutido, peligro de demora de la tutela efectiva (o del efecto satisfactorio) y caución». No obstante, el mismo se muestra, como veremos más adelante, crítico con este planteamiento, al entender que la caución no puede quedar incluida como requisito pero que sí debería serlo la adecuación de la medida al fin pretendido.

Por su parte, PALACIO, L. E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 10ª ed., vol. II, Buenos Aires, 1993, pág. 317, señala que tres son los presupuestos de las medidas cautelares, «la verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal; […] el temor fundado de ese derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso tendiente a tutelarlo; la prestación de una contracautela por parte del sujeto activo».

condicionada a la previa constitución de una caución. Por tanto, se puede decir que más que un presupuesto para la adopción de medidas cautelares, la caución constituye un requisito para la efectividad y ejecución de esta[158].

Adicionalmente, es necesario indicar que existen ocasiones y supuestos especiales en los cuales es posible prescindir de la caución, tal y como admite el art. 728.3 LEC, pero generalmente siempre deberá ser tomada como una condición indispensable para la efectividad de la tutela cautelar que sea otorgada. Verdaderamente, son excepcionales los casos que no requieren el ofrecimiento de caución, siempre y cuando así lo establezca la ley y, dentro de estos casos tasados, y lo disponga el juez que conoce la solicitud cautelar.

---

[158] Señala MONROY PALACIOS, *Bases para la formación*…, ob. cit., págs. 168 y 169, que no siempre es imprescindible la prestación de caución para el otorgamiento de una medida cautelar, sino que esta se deberá prestarse «en función de una potestad judicial», esto es, que será el órgano conocedor de la petición judicial el que determine si es necesaria la prestación de la caución pero, sin embargo, no puede determinar la necesidad de la concurrencia de los presupuestos cautelares, como son el *periculum in mora.*

1. LA DELIMITACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE LA TUTELA CAUTELAR

Como hemos adelantado, el artículo 728 de la LEC, establece los presupuestos de la tutela cautelar son: a) peligro por la mora procesal, y b) apariencia de buen derecho[159]; incluyendo, además, como requisito, el ofrecimiento de caución o contracautela[160], pero, como señalábamos anteriormente, este último es necesario para la ejecución de la medida, que es una etapa posterior a la adopción de la cautela[161].

---

[159] Incluso un sistema procesal tan alejado del nuestro como el norteamericano contempla unos requisitos similares a los que aquí señalamos para la concesión de medidas cautelares o, en terminología anglosajona, *interim remedies*. Cfr. BATES, B. M. "Reconciliation after Winter: The standard for preliminary injunctions in Federal Courts", *Columbia Law Review,* vol. 111, núm. 7, 2011, págs. 1522-1523, quien apunta a la necesaria ponderación de cuatro criterios para la concesión de una *preliminary injunction*, los siguientes «(1) whether the movant will be irreparably harmed in the absence of an injunction [paralelo al *periculum in mora*], (2) the movant's likelihood of success [similar al *fumus boni iuris*], (3) the balance between the harm to the movant and the harm to the nonmovant [que puede entenderse como la proporcionalidad *sensu stricto*], and (4) the public interest».

[160] Por su parte, NIEVA FENOLL, "Hacia una nueva configuración de la tutela cautelar", ob. cit., pág. 2, desde una posición más heterodoxa, entiende que los presupuestos son dos, *fumus* y *periculum*, y que «la fianza, que no es un presupuesto sino una condición contingente».

[161] No obstante, no podemos ignorar que buena parte de la doctrina considera que la caución, también denominada por algunos contracautela, opera como el tercer de los presupuestos. Con la anterior Ley de Enjuiciamiento civil, para SERRA DOMÍNGUEZ, "Teoría general…", ob. cit., págs. 41 y 42 «aunque en el Derecho positivo español sólo en forma subsidiaria se establezca la fianza como presupuesto no de la concesión, sino de la efectiva adopción de las medidas cautelares, es lo cierto que modernamente, según hemos podido examinar al tratar del peligro, se va abriendo camino la tendencia favorable a la prestación de fianza para poder

Entre la doctrina más clásica, CHIOVENDA estableció en su momento estos dos presupuestos, indicando que el juez, en el momento de resolver la petición cautelar, debía tener especial cuidado en la prudencia y apreciación de las circunstancias particulares y únicas de cada caso, correspondiéndole establecer tanto el grado de peligro como el grado de verosimilitud del derecho[162]. Por su parte CALAMANDREI, denominó a los presupuestos como «condiciones de la acción cautelar», señalando que para que se concediese la tutela cautelar era necesario el cumplimiento con dos extremos: en primer lugar, apariencia de un derecho; en segundo

adoptar una medida cautelar». Con más singularidades, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, 1996, pág. 16, pese a afirmar que la fianza es, como regla general, también presupuesto de las medidas cautelares, señala que a esta afirmación pueden realizarse hasta tres matices, que diferencian a este requisito de los otro dos: debe atenderse al régimen de cada concreta medida para ver si la caución opera como presupuesto o no; la voluntad y capacidad económica de las partes es relevante en su cumplimiento; y su concurrencia no puede suplir la falta de los dos principales. No obstante, aprobada la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en 2000, la posición de ORTELLS RAMOS resulta menos inequívoca y dubitativa, afirmando con claridad el carácter de presupuesto de la fianza, según lo dispuesto en el art. 728.3 LEC. Para ORTELLS el citado precepto es «una forma ciertamente contundente de establecer la regla general, dado que significa la ausencia de norma sobre este punto en el régimen jurídico de cualquier medida cautelar no debe entenderse como no exigencia de ese presupuesto, sino que para ello es necesaria norma expresa».

Por su parte, ORTIZ PRADILLO, J. C., *Las medidas cautelares*… ob. cit., págs. 200 y 201 señala que la caución «como tercer presupuesto cautelar, debe ser cumplido por el solicitante al igual que sobre él pesa la alegación y justificación de los otros dos presupuestos restantes». En su más próxima monografía, PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso civil,* ob. cit., pág. 110, afirma sencillamente que «el art. 728.3 obliga a ofrecer la caución, siendo un presupuesto para la adopción de la medida cautelar».

[162] CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal*…ob. cit., vol. I, pág. 286.

lugar, peligro de que este derecho aparente no sea satisfecho[163]. Puede apreciarse que las denominadas condiciones coinciden plenamente con los presupuestos que vienen señalado.

Pero, además de estos tres posibles presupuestos, nosotros defendemos la necesidad de concurrencia de uno nuevo, de manera acorde a la concepción neogarantista del proceso que proponemos y de la que partimos metodológicamente para esta investigación. Este presupuesto, que pormenorizaremos más adelante, sería la proporcionalidad de la medida solicitada, ponderando el riesgo de la inefectividad del posible pronunciamiento final y el sacrificio de los derechos del eventualmente sometido a la medida cautelar por la ejecución de la misma, que denominaremos, también, cautelado.

Ahora procederemos a su análisis, por separado, con el objeto de apreciarlos con profundidad, y así podremos reconocer la vigencia y concurrencia de estos presupuestos en cualquier tutela cautelar anticipatoria, que es precisamente un tema cardinal del presente trabajo investigador.

---

[163] Cfr. CALAMANDREI, *Introducción al estudio*…ob. cit., pág. 77. Por su parte, DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil español,* ob. cit., pág. 33 atribuye a ZANZUCCHI este concepto de condiciones de la acción cautelar.

2. LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO O *FUMUS BONI IURIS*

Aquel que pretenda obtener la tutela cautelar debe lograr, en primer lugar, un cierto grado de convicción en el órgano judicial respecto de la existencia del derecho en el que fundamenta la pretensión introducida en el proceso principal, es decir que debe acreditar, ya veremos con qué intensidad y hasta qué punto, cuál es la situación jurídica cautelarmente tutelable que pretende proteger mediante la medida solicitada al órgano judicial[164]. Frente a ello, el juzgador debe considerar si, con los elementos aportados en ese momento por el solicitante, puede emitir una primera apreciación sobre el fondo del asunto y, por lo tanto, sobre la viabilidad o fundabilidad de la pretensión deducida en el juicio.

El juez ponderará estos casos según sus primeras impresiones, a partir de los elementos de convicción que ante él se presenten, porque, para que la tutela cautelar solicitada pueda cumplir con su finalidad, la decisión debe ser rápida y sin dilatarse más de lo estrictamente necesario en el tiempo, para lo cual deberá confiarse en esas primeras impresiones obtenidas[165].

---

[164] En este sentido, ORTELLS RAMOS y CALDERÓN CUADRADO*, La tutela judicial cautelar*…, ob. cit., pág. 12: «un presupuesto de la medida cautelar consiste en la determinación de la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y para cuya tutela cautelar se establece la medida».

[165] Vid. NIEVA FENOLL, J., *Enjuiciamiento* prima facie*, aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, Barcelona, 2007, págs. 200 y 204, quien compara el enjuiciamiento que

Por tanto, para satisfacer este presupuesto de la tutela cautelar, que permite a la misma cumplir con una función de protección frente a una eventual lesión de los derechos del actor, debe contentarse el órgano judicial, en lugar de con la certeza, que solamente podría lograrse a través de una actividad probatoria completa, con la apariencia del derecho, que es el resultado de una cognición mucho más expeditiva y superficial que la ordinaria (*summaria cognitio*)[166]. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho defendido en la pretensión principal tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza, sino de m e r a hipótesis: solamente cuando se dicte la sentencia en el proceso principal se podrá ver si esa hipótesis se corresponde con la realidad obtenida tras el proceso de cognición plena[167]. Es por ello que este presupuesto se denomina solo "apariencia" y no certeza, puesto que el juez solo está convencido de la probable titularidad del derecho.

El órgano judicial, por tanto, no está facultado para requerir una prueba plena del derecho, sino que será suficiente con la acreditación de una mera apariencia de la verosimilitud del derecho afirmado por el solicitante; debe ser suficiente con la acreditación de una mera apariencia del derecho; es

se realiza en este momento procesal con la elección que los espectadores pueden hacer de una película en el cine

[166] Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., Derecho Procesal Civil, vol. I, ob. cit., págs. 288 y 289.

[167] Cfr. CALAMANDREI, *Introducción al estudio…* ob. cit., pág. 77.

decir, que no exige una plena prueba de realidad jurídica del derecho, sino simplemente manifestaciones externas.

El solicitante debe generar una credibilidad en el juez; esto quiere decir que el juez que dicta una medida cautelar no juzga sobre el fondo del mismo ni sobre el derecho del solicitante, sino simplemente sobre la apariencia de la veracidad.

2.1. Delimitación del contenido del *fumus boni iuris*

Sería ilógico que este presupuesto significara el acreditar, con total certeza, la titularidad del derecho, puesto que, en muchas ocasiones, es precisamente la titularidad la que se va a discutir en el proceso principal, pero entonces lo que se pide es solo la apariencia de ese derecho, es decir, acreditar ante el juez la concurrencia de una serie de indicios serios y firmes que llevan a la convicción de la posible pero clara existencia de ese derecho y que pertenece al actor.

Respecto de esta cuestión, la doctrina ha oscilado entre dos posiciones sutilmente diferentes en la concreción del contenido de este *humo de buen*

derecho[168] que constituye el primer presupuesto de la tutela cautelar[169]. Por un lado, desde una posición mayoritaria, se encuentran aquellos que entienden el *fumus* como un juicio de probabilidad, verosimilitud, fundabilidad o prosperabilidad respecto de la pretensión principal introducida por el actor en el proceso. Por otro lado, desde una posición menos concurrida y de menor intensidad en el contenido sustentado de la petición, otros estudiosos estiman que será suficiente con acreditar, justificar (prueba *prima facie* o *semiplena probatio*) una mera apariencia del derecho inicialmente afirmado.

2.1.1. El fumus boni iuris como cálculo de probabilidades

La primera postura fue acogida por sectores doctrinales diversos. Todos ellos parten de las premisas sentadas por CALAMANDREI en su señera *Introducción* sobre las providencias cautelares. Para el maestro florentino, «la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud», de manera que, «en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con

---

[168] Para RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento civil*, vol. I, Barcelona, 2008, pág. 529, la expresión *humo de buen derecho* o *fumus boni iuris* resulta un eslogan que ha triunfado en el foro y en la doctrina, pero es inadecuado, puesto que no existen derechos "buenos" o "malos", sino que todos los derechos cuentan con algún tipo de protección por parte del ordenamiento jurídico.

[169] Así los clasifica NIEVA FENOLL, J., *Enjuiciamiento…,* ob. cit., págs. 202 y 203.

mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar»[170]. La doctrina italiana, en este punto, ha discurrido por las mismas líneas que se ha señalado[171], como puede comprobarse en las obras de LIEBMAN[172], PROTO PISANI[173]o MANDRIOLI[174], entre otros[175].

Partiendo de la idea de que en el estudio que realiza el juez para otorgar la tutela cautelar, este no alcanza una certeza sobre derecho discutido en el proceso principal, sino que simplemente llega a una aparente o indiciaria existencia del derecho, CARNELUTTI realiza otra apreciación en cuanto

---

[170] Vid. CALAMANDREI, *Introducción al estudio*…, ob. cit., pág. 77.

[171] Cfr. SATTA, S., y PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, 11ª ed., Padova, 1993, quienes, a diferencia de la terminología más habitual, prefieren hablar de «ragionevole apparenza del suo diritto», aunque sin ofrecer precisiones o diferenciaciones de esta expresión respecto a las fórmulas probabilísticas.

[172] Cfr. LIEBMAN, *Manual de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág. 162.

[173] Vid. PROTO PISANI, A., *Lezione di Diritto processuale civile*, 2ª ed., Napoli, 1996, pág. 657. También en "La tutela cautelar (Estructura y funciones)" en PROTO PISANI, A., *La tutela jurisdiccional,* trad. Marinelli, Lima, 2014, pág. 390.

[174] Así, MADRIOLI, C., *Diritto Processuale Civile*, 21ª ed., vol. IV, Torino, 2011, pág. 246: «l' azione cautelare è condizionata sia […] da un'approssimativa verosimiglianza circa l'esistenza del diritto stesso (fumus boni iuris)».

[175] Por ejemplo, en su comentario al Código Procesal Civil italiano, CARPI, F., COLESANTI, F., TARUFFO, M., (Dirs.) *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, Padova, 1984, pág. 895, también se refieren a la probabilidad de acogimiento de la pretensión.

a la certeza, dando una connotación totalmente distinta al término certeza, dado que él afirma que el juez sí declara una certeza, puesto que debe decidir y para decidir debe escoger entre otorgar o no la medida cautelar y continúa sosteniendo, que el juez llega a una certeza solo de hechos, en orden a los cuales es necesario o cuando menos oportuno que se inhiba, se elimine o se anticipe un cambio de situación existente entre las partes[176]. Entonces la certeza a la que se refiere CARNELUTTI es la convicción con la cual otorga la tutela cautelar, es decir, que compara certeza con convicción, y conforme a ella es por lo que expide la resolución concediendo la cautela solicitada. Pero es necesario indicar que CARNELUTTI no afirma que el juez alcance una certeza del derecho, lo cual sería contradictorio con toda la doctrina sobre la tutela cautelar[177].

Esta posición impregnó, como hemos apuntado anteriormente, a una mayoría de la doctrina española, tanto en los diferentes manuales y obras

---

[176] Vid. CARNELUTTI, F., *Sistema*…, ob. cit., vol. I, pág. 417.

[177] Cfr. CARNELUTTI, F., "Observaciones sobre la imputación penal" en *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. Sentís Melendo, 1961 (1951), pág. 138, afirma, en términos del proceso penal, pero exportables, *mutatis mutandis*, a la teoría general, que la imputación es un juicio de probabilidad y la condena es un juicio de certeza, que, en último análisis, se resuelve también en un cálculo de probabilidades, de manera que la diferencia entre estos juicios sucesivos es más bien de cantidad que de calidad.

generales[178], como en trabajos monográficos o especializados[179]. Debemos partir, en todo caso, de la fecunda distinción impulsada por el mismo CALAMANDREI[180] entre posibilidad, verosimilitud y probabilidad[181]. Mediante estos términos se puede realizar una aproximación graduada hacia lo verdadero, pues «quien dice que un hecho es verosímil, está más próximo a reconocerlo verdadero que quién se limita a decir que es posible;

---

[178] *Ad exemplum*, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág. 543 se refiere a «un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión»; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Las medidas cautelares" en DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil*. *Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 3ª ed., Madrid, 2005, pág. 393, entiende que «la ley exige al solicitante de una medida cautelar que acredite indiciariamente el fundamento de la situación jurídica cautelable, a través de una prueba semiplena que permita al tribunal un juicio de verosimilitud sobre el aparente fundamento de la pretensión»; BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional*, vol. II, ob. cit., pág. 678, apunta que será necesario que «se acrediten unos indicios de probabilidad, de verosimilitud».

[179] En general, sobre la cuestión en el proceso penal, vid. BONET NAVARRO, Á., "Posibilidad, probabilidad y certeza en el proceso penal", *Escritos sobre la jurisdicción y su actividad*, Zaragoza, 1981, págs. 385 y ss.; y sobre los diferentes juicios que se producen en la imputación, RENEDO ARENAL, M. A., *Problemas del imputado en el proceso penal*, Madrid, 2007, págs. 346 y ss.

[180] Vid. CALAMANDREI, P., "Verdad y verosimilitud en el proceso civil", en *Derecho Procesal Civil III: Estudios sobre el proceso civil*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1986, págs. 317-353

[181] No obstante, como el propio CALAMANDREI señala en el trabajo citado, para esta distinción parte de ideas contenidas en obras de SAUER o SARACENO. En nuestro país, de manera muy temprana, otros autores han recogido también distinciones similares. *Ad exemplum*, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo II, vol. I, Barcelona, 1951, págs. 160-207 y esp. pág. 205: «la probabilidad incluye dentro de sí la posibilidad; la certeza, la probabilidad». También en LOZANO-HIGUERO PINTO, *Introducción*…, ob. cit., págs. 142-144 y nota 330

y quien dice que es probable, está todavía más avanzado que quien dice que es verosímil, ya que va más allá de la apariencia»[182].

Respecto del contenido del *fumus boni iuris*, para CARRERAS LLANSANA[183], resulta insuficiente la mera posibilidad del derecho para la adopción de medidas cautelares. De similar parecer, FAIRÉN GUILLÉN[184], entiende que, si bien declarar la certeza del derecho es tarea del proceso declarativo, en el cautelar será suficiente con un juicio de probabilidad o verosimilitud. En la misma línea, GUTIÉRREZ DE CABIEDES[185] afirma que no basta con la mera posibilidad, sino que deberá acreditarse algo más que esa posibilidad, pero menos que la certeza. En tiempos más recientes, ORTELLS RAMOS[186], señala, en diversos trabajos,

---

[182] Cfr. CALAMANDREI, "Verdad y verosimilitud…" ob. cit., pág. 325

[183] Cfr. CARRERAS LLANSANA, J., "Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en el volumen con FENECH, M., *Estudios de Derecho Procesal*, 1962, Barcelona, págs. 572, entiende que debe acreditarse algo más que la siempre probabilidad, aunque menos que la certeza, porque, de no ser así, las medidas cautelares se desnaturalizarían y pasarían a ser una peligrosa arma para el fraude en manos de litigantes temerarios.

[184] Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Sugerencias sobre el "Anteproyecto de bases para el Código procesal civil" de 1966,* Valencia, 1966, pág. 106. También en "La reforma del proceso cautelar español", en *Temas del ordenamiento procesal*, Tomo II, Madrid, 1969, pág. 906.

[185] Así GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974, pág. 391, al referirse a la exhibición del título requerida por el antiguo art. 1428 LEC.

[186] Vid ORTELLS RAMOS, *El embargo preventivo,* ob. cit., pág. 38. De manera similar, también en ORTELLS RAMOS, M. y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *La tutela judicial cautelar en*

la necesidad de ese juicio de probabilidad para poder adoptar las medidas cautelares. Por su parte, MONTERO AROCA entiende, de manera análoga, que la mera solicitud no debe ser suficiente para conceder la tutela, sino que es necesario que se alcance un término medio, la verosimilitud, entre la incertidumbre y la certeza del derecho afirmado, ofreciendo una serie de indicios de probabilidad del mismo[187]. Además de los anteriores, las obras más recientes sobre la cuestión también parecen apoyar este posicionamiento[188].

2.1.2. El fumus boni iuris como enjuiciamiento de primeras impresiones

Paralelamente, surge una posición minoritaria, pero que no, por ello, debe merecer nuestra desatención. Quizá el sustentador más importante de la misma sea SERRA DOMÍNGUEZ. En una primera aproximación a la

el Derecho español, Granada, 1996, pág. 14: «para que la medida cautelar pueda cumplir su función, la demostración de la situación jurídica cautelable ha de quedar en el grado de la mera probabilidad, de la prueba semiplena, del acreditamiento, sin necesidad de alcanzar la plena convicción del juez». También, en la más reciente *Las medidas cautelares,* Madrid, 2000, págs. 167 y 168, donde califica como peculiar y difícil de sostener la tesis contraria.

[187] Cfr. MONTERO AROCA, J., "Medidas Cautelares" en *Trabajos de Derecho Procesal*, ob. cit., pág. 431.

[188] *Ad exemplum*, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Medidas cautelares en el proceso civil extranjero (art. 24 del Convenio de Bruselas)*, Granada, 1998, págs. 341-342, entiende que el *fumus* es un juicio cualificado de probabilidad.

cuestión[189], aunque sin abandonar de manera total la postura mayoritaria, advierte que este primer juicio de probabilidad podría suponer una confusión entre la cuestión tratada en el proceso cautelar y la cuestión que debe decidirse en el proceso principal. Esto es, al resolver sobre la procedencia de la medida cautelar mediante la ponderación de la probabilidad de la existencia del derecho se corre el riesgo de prejuzgar sobre el fondo de la cuestión, amalgamándose la tutela cautelar con la tutela declarativa[190]. Posteriormente, SERRA DOMÍNGUEZ avanzó en el planteamiento anteriormente indicado, sosteniendo que la «imposibilidad de establecer una previa etapa contradictoria sobre la existencia del derecho [es] lo que justifica que su mera apariencia sirva como fundamento para la

---

[189] Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Intervención de los bienes litigiosos", en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, págs. 498 y 499

[190] Debemos entender que las posturas de SERRA y las sostenidas por otros como CARRERAS parten de concepciones diferentes sobre la verdad en el proceso. Por un lado, CARRERAS (cfr. "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones" en FENECH, M., y CARRERAS, J., *Estudios*… ob. cit., págs. 335 y ss., en especial págs. 365-367) entiende que el juez, en su decisión final, debe llegar a la certeza moral sobre los hechos mediante los medios de prueba, certeza que no admite matices intermedios: o se tiene o no se tiene. Sin embargo, para SERRA (vid. "Sección Sexta. De las presunciones" en ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales*, Tomo XVI, vol. 2º, Madrid, 1981, pág. 553; también en "En torno a una reciente concepción probatoria" en *Estudios*, ob. cit., pág. 372, n. 16), no puede hablarse de certeza absoluta, concepto este de carácter filosófico, sino que todo juicio se moverá dentro de la probabilidad. Sobre la compatibilidad entre las ideas de probabilidad y verdad, vid. TARUFFO, M., "Verdad y probabilidad en la prueba de hechos", en *Páginas sobre justicia civil*, trad. Aramburo Calle, Madrid, 2009, págs. 41 y ss.

concesión de la medida cautelar»[191]. Esta apariencia se concretaría en que el juez evaluase la solicitud y los elementos de prueba presentados –fundamentalmente documentales—y, salvo que existiesen otros hechos que pudiesen desvirtuarlos[192], sería necesario declarar la existencia del derecho[193]. Esta posición, no obstante, ha sido objeto de algunas observaciones críticas[194].

Aun minoritaria[195], la de SERRA no es una posición aislada. Por su parte

---

[191] Vid. SERRA DOMÍNGUEZ., M., "Teoría general …", ob. cit., pág. 37.

[192] A mayor abundamiento, entiende SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Medidas cautelares" en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XVI, Barcelona, 1978, pág. 143, que «basta con que prima facie, con el simple examen de la solicitud y de los documentos en ella acompañados, el juez estime que, de ser ciertos los documentos y no existir otros hechos que los desvirtúen, debería hacer la declaración de existencia del derecho».

[193] Entendemos que, en este elemento, SERRA, al igual que RAMOS como se verá a continuación, siguen una idea paralela a la de prueba prima facie, recogida por WACH, A., *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, trad. Krotoschin, Buenos Aires, 1958, págs. 236 y 237, quien habla de una «prueba de parte, suficiente prima facie, esto es, salvo prueba en contrario, y la invalidación de esta prueba por parte del adversario».

[194] Por ejemplo, CALDERÓN CUADRADO, M. P.*, Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992, págs. 43 y 44. Para CALDERÓN, el juicio que realiza el juez en el momento de decidir sobre la tutela cautelar no es ni cualitativa ni cuantitativamente igual que el efectuado en la sentencia, pues ni se está declarando, aun en términos de probabilidad, la certeza del derecho ni dispone de los mismos medios en cada caso para tomar las decisiones. Además, desde el momento en que el art. 1428 LEC/1881 exigía la celebración de audiencia previa a la adopción de medidas, pierde sentido la formulación efectuada por SERRA.

[195] Cfr. ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 167, considera la tesis de SERRA como peculiar y difícil de defender, pues entiende que la posible confusión que se apunta entre el juicio de probabilidades cautelar y el juicio definitivo resulta «difícil de mantener

RAMOS MÉNDEZ, también hizo suyo un planteamiento similar. Para RAMOS, aunque en algún trabajo anterior no fuese crítico con la postura mayoritaria[196], la concesión de la tutela cautelar tendrá lugar «simplemente porque *prima facie* su petición aparece como tutelable como medida cautelar»[197], entendiendo que el *fumus* «desde luego no se basa en ningún juicio de probabilidad sobre el resultado del pleito, aunque ésa sea una de las formulaciones convencionales»[198].

Más recientemente, NIEVA FENOLL también es partidario de desplazar la idea del juicio de probabilidad por la de apariencia o, en la terminología por él preferida, enjuiciamiento *prima facie*, o juicio de primeras impresiones[199]. Para NIEVA, el órgano judicial, durante todo el desarrollo

---

por cuanto, aun después de la contradicción del sujeto pasivo de la medida, ésta sigue sin basarse en una plena actividad instructoria».

[196] En este sentido RAMOS MÉNDEZ, F., "Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil", *Justicia*, núm. I, 1985, pág. 85, donde, refiriéndose al principio de prueba por escrito que requería el antiguo artículo 1428 LEC/1881, señala que es necesario aportar un principio de prueba, que «viene referida al resultado que prima facie arrojen los documentos que pueda aportar el solicitante a la medida»

[197] Vid. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, vol. I, ob. cit., pág. 529.

[198] Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F., *El juicio civil*, Barcelona, 2012, pág. 247.

[199] Sobre el concepto de enjuiciamiento *prima facie*, vid. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., *El principio de prueba en el proceso civil español*, Madrid, 1989, págs. 56 y ss., quien ofrece diferentes conceptualizaciones que se han dado del mismo, aunque finalmente parece realizar una equiparación de la idea prima facie con la de verosimilitud, primer grado dentro de la escala de probabilidad («lo que hay que destacar en relación con el principio de prueba es que la prueba primaria o prima facie se encuentra en íntima conexión con la verosimilitud», pág. 58).

del proceso, se encuentra realizando, constantemente, juicios de probabilidades, incluyendo la decisión final sobre el proceso, puesto que es imposible conseguir la certeza absoluta sobre los hechos objeto del juicio. Por tanto, si el enjuiciamiento sobre el *fumus* se realiza conforme a un juicio de probabilidades, cualitativamente no habrá nada que diferencie el juicio cautelar del juicio declarativo. Esta razón lleva a NIEVA a señalar que un juicio de apariencias, un juicio de primeras impresiones sería más adecuado, examinando el órgano judicial si, contando únicamente con los datos y materiales aportados en ese momento, daría la razón al solicitante de la tutela cautelar[200]. En ese preciso instante, ante el principio de prueba que tiene ante sí, el juez pondera si daría la razón o no al solicitante.

En una posición cercana a las anteriores encontramos también la formulada por PÉREZ DAUDI. Aunque ulteriormente[201] haya distinguido entre la cuestión del juicio provisional e indiciario de la pretensión y el grado de convicción que debe alcanzar el órgano judicial para poder acordar una medida cautelar, entiende que el *fumus boni iuris* debe suponer un principio de prueba que permita al tribunal formarse una opinión tal que, de tener que decidir definitivamente sobre el fondo de la cuestión en

---

[200] Cfr. NIEVA FENOLL, *Enjuiciamiento*…, ob. cit., pág. 204.

[201] En una primera aproximación a la cuestión en PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, ob. cit., págs. 113-116, sostiene una posición que ha sido sostenida, de nuevo, con ocasión de su último trabajo sobre la cuestión.

ese preciso momento, esta decisión sería favorable a los intereses del solicitante de la tutela cautelar[202]. En nuestra modesta opinión, al margen de otras consideraciones sobre los diferentes juicios que pueden integrar el juicio jurisdiccional – juicio histórico, juicio lógico y juicio de valor[203]-- esta postura no difiere, en exceso, de la iniciada por SERRA y seguida por RAMOS o NIEVA.

2.2. El posible prejuzgamiento del órgano judicial condicionado por el *fumus boni iuris*

Enumerados algunos de los exponentes sobre la cuestión de cuál es el contenido del *fumus boni iuris*, debemos plantearnos si la elección de una u otra posición acarrea consecuencias dogmáticas y prácticas o, simplemente, se limita a una cuestión sobre el *nomen iuris*, haciendo el debate anterior un tanto estéril o infructuoso[204].

---

[202] Vid. PÉREZ DAUDÍ, V*., Las medidas cautelares en el proceso civil*, ob. cit., págs. 68-73.

[203] Distinción que, como el propio PÉREZ DAUDÍ señala (*Las medidas cautelares en el proceso civil*, ob. cit., pág. 70, n. 162, toma de SERRA DOMÍNGUEZ ("El juicio jurisdiccional", en *Estudios de Derecho Procesal*, ob. cit., págs. 71 a 76).

[204] Como señala MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pág. 120, los términos que hemos manejado en el anterior debate presentan cierto grado de indeterminación y una notable dificultad para distinguir entre los mismos en un sentido práctico.

Desde una perspectiva dogmática, debe considerarse si la elección de una u otra opción doctrinal conduce a adoptar un modelo de decisión cautelar que supone un menor condicionamiento de la decisión final sobre el fondo del asunto. Como señala el art. 728.2 LEC, el juicio provisional e indiciario que debe realizar el órgano judicial ante la solicitud de tutela cautelar debe realizarse «sin prejuzgar» la decisión de fondo. En otras palabras, sin que afecte a la imparcialidad del juez. Como precisaremos más adelante, la dicción correcta del precepto debería ser «sin predeterminar el sentido del fallo definitivo», pues prejuzgamiento, desde un estricto entendimiento metodológico y lógico, además de cronológico, siempre habrá. En definitiva, esta primera, aunque sumaria, aproximación al fondo de la cuestión no debería condicionar el sentido posterior del fallo sobre la cuestión, tal y como apunta el art. 728.2 LEC. No obstante, aunque el art. 728.2 LEC requiere de la plena prueba del derecho, señala que este primer juicio provisional no debe prejuzgar el sentido del fallo, inevitablemente, se produce un primer juicio, un primer contacto del órgano judicial con el fondo del asunto que le lleva a valorar la verosimilitud de la pretensión de la parte actora, produciéndose un prejuzgamiento respecto de la decisión definitiva del asunto. La idea que defendemos es que ese prejuzgamiento va a existir, pero ha de realizarse de tal forma tan superficial que no condicione el posterior sentido del fallo.

2.2.1. El prejuzgamiento en las medidas cautelares penales

Esta cuestión sí ha sido tratada con notable amplitud tanto por la doctrina[205] como por la jurisprudencia (*a. e.* SSTC 145/1988, 12 de junio, FJ 7º; 151/1991, 8 de julio, FJ 4º; 320/1993, de 8 de noviembre, F.J. 3º) en relación con las medidas cautelares personales en el proceso penal, entendiéndose que la evaluación de *fumus boni iuris*, concretada en el proceso penal en la existencia de indicios racionales suficientes para afirmar la participación del sujeto cautelado en un hecho que presenta caracteres delictivos[206]. En estos supuestos, el órgano judicial realiza un juicio de carácter anticipado o provisional sobre los hechos[207] –la comisión de un delito y su autoría— que, posteriormente, van a ser conocidos durante el juicio oral, considerándose que esta decisión supone prejuzgar el fondo del asunto[208].

---

[205] Por ejemplo, PICÓ I JUNOY, J., *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Barcelona, 1998, págs. 95 y ss.

[206] Por todos, puede consultarse a ASENCIO MELLADO, J. M., *La prisión provisional*, Madrid, 1987, págs. 108 y 109; GUTIERREZ DE CABIEDES, P., *La prisión provisional*, Cizur Menor, 2004, págs. 128-130; o DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Barcelona, 2015, págs. 81-84.

[207] Cfr. SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia, 2003, pág. 471, para poder imponer la prisión provisional, es necesario que concurran «"Motivos bastantes" que no solo demuestren una posibilidad racional, sino que permitan ya sostener desde un principio, aunque provisionalmente, que la persona inculpada es responsable del delito».

[208] En este sentido, BERMÚDEZ OCHOA, E., "La configuración judicial del concepto de imparcialidad objetiva", *Justicia*, núm. 1, 1997, pág. 126, afirma que «la resolución sobre las

Sin embargo, debemos recordar que, en algunas ocasiones, el TEDH ha rechazado que, de forma automática, quede comprometida la imparcialidad del órgano juzgador por acordar previamente una medida cautelar de prisión provisional —*a. e.,* STEDH de 24 de mayo de 1989, *Haushildt c. Dinamarca*, § 50 «el mero hecho de que un juez de primera instancia o de apelación, en un sistema judicial, como el danés [donde no existe la figura del juez instructor], haya dictado ya resoluciones antes del juicio, especialmente sobre la libertad provisional, no basta para justificar los temores sobre su imparcialidad»—, pues para acordar la medida simplemente se hace una evaluación sumaria de los datos indiciarios en ese momento disponibles. En este mismo sentido, algunos se han posicionado de forma parecida[209], mientras que un sector más garantista –y, en nuestra opinión, más acertado y adecuado a la perspectiva del debido proceso cautelar– continúa considerando que la decisión sobre una medida tan

medidas cautelares que deben adoptarse tiene su apoyo en idéntico juicio anticipado sobre la culpabilidad». También, GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, Madrid, 1996, pág. 481, afirmando que el juicio de probabilidad sobre la participación de la persona en un hecho punible que supone este presupuesto de la prisión provisional conlleva un prejuzgamiento en torno a la culpabilidad.

[209] Cfr. DÍAZ CABIALE, J. A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez,* Granada, 1996, pág. 468. También MIRA ROS, C., "Que el juez instructor no falle: nueva doctrina del TEDH y del TC sobre el juez imparcial", *Diario La Ley*, tomo II, 2001, págs. 1706-1714.

gravosa como la prisión provisional sí afecta a la imparcialidad judicial[210].

2.2.2. El prejuzgamiento en la tutela cautelar civil

Contrastando con este estado de la cuestión en el proceso penal, no parece que el debate doctrinal haya sido tan amplio en el proceso civil[211]. Por

---

[210] En este sentido, PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías*…, ob. cit., pág. 97, entiende que la existencia de contradicción en la adopción de una medida cautelar restrictiva de la libertad personal no es suficiente para afirmar que el órgano judicial no se ha formado un prejuicio sobre los hechos imputados al sujeto pasivo. En sentido similar, BERMÚDEZ OCHOA, "La configuración judicial del concepto de imparcialidad objetiva", ob. cit., pág. 126, señala que «su adopción tiene como punto de partida la calificación y valoración de la conducta del procesado y proporcionan necesariamente una idea preestablecida sobre su probable responsabilidad, y ello con independencia de que se adopten de oficio o a petición de parte acusadora, porque el Juez no viene obligado a adoptarlas a consecuencia de su sola solicitud por la acusación, sino en el supuesto de que entienda que concurren los presupuestos y requisitos materiales y procesales, juicio valorativo y ponderativo que le inhabilita para conocer luego de la causa en la fase de enjuiciamiento».

[211] En la doctrina italiana, vid., *ad exemplum*, CONSOLO, C., "Ricusazione del giudice per precedente cognizione della causa", *Rivista di Diritto Civile*, vol. II, 1982, págs. 214-215, entendiendo que en la tutela de urgencia del art. 700 CPC, frente a las medidas cautelares en sentido más clásico, se produce una importante similitud con la cognición del proceso declarativo y, por tanto, una mayor posibilidad de que el juez quede prevenido sobre el fondo de la causa. También, MORETTI, C., "L'imparzialità del giudice tra la cautela e il merito", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 4, 1996, págs. 1100-1101, argumenta que la tutela del derecho a la imparcialidad del órgano judicial no debería suponer una interpretación excesivamente restrictiva de las causas de recusación del art. 51 CPC, de manera que al apreciarse la recusación del juez de la cautela se deberá tener en cuenta la medida concreta, los argumentos esgrimidos y la profundidad de la cognición sobre el fondo del asunto para examinar la posible prevención del juez. Igualmente, TARZIA, G., "Il processo di fallimento e l'imparcialità del giudice", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 1, 1997, pág. 23, sobre algunos supuestos de medidas cautelares adoptadas en procedimientos concursales.

ejemplo, DÍAZ CABIALE despacha la cuestión apoyándose en el carácter cautelar y provisional de esta clase de tutela, lo que impide que el juez que adopta la medida quede prevenido y pierda su imparcialidad[212], añadiendo que el principio de prueba[213] que exige el *fumus boni iuris* no lleva al órgano judicial a prejuzgar y perder su imparcialidad sobre la cuestión de fondo[214].

Por su parte, estableciendo cierto paralelismo entre la pérdida de imparcialidad en la adopción de medidas cautelares en el proceso penal,

---

[212] Vid. DÍAZ CABIALE, J. A., *Principios de aportación de parte y acusatorio*…, ob. cit., pág. 468. Señala, de manera acertada, en nota 75, en esa misma página, que «cuando los profesores de derecho procesal se han ocupado de las distintas características de las medidas cautelares, provisionalidad, instrumentalidad y sus requisitos, *periculum in mora* y *fumus boni iruis,* nunca se han preocupado de afirmar la existencia de prevención en el órgano judicial que las acuerda».

[213] Sobre la noción de principio de prueba, cfr. GUASP, J., *Comentarios*…, ob. cit., tomo I, pág. 352., Para GUASP, el principio de prueba no difiere en su naturaleza respecto de la prueba plena, sino que «discrepa de estos únicamente en cuanto a la intensidad de los que efectos que debe producir», esto es, inducir a una creencia racional sobre la certeza de la pretensión.

La acuñación conceptual del principio de prueba efectuada en relación con la competencia es perfectamente predicable, trasladable y extrapolable a la materia que aquí nos ocupa. La validez institucional de la definición de GUASP de tanta coherencia lógica y calidad sistemática, como suya, es aquí asumible.

[214] En este sentido, se apoya en la idea de principio de prueba aportada por el ya citado BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, *El principio de prueba*…, ob. cit., pág. 30, quien afirma que «en el llamado principio de prueba de los hechos se toma simplemente la apariencia como sustituto de certeza, y los tribunales fallarán fijando como hechos relevantes los que aparezcan como ciertos, séanlo o no, y por ello su resolución es meramente provisional, no prejuzga en absoluto el fallo final sobre la certeza de los hechos enjuiciados», añadiendo que «con el principio de prueba hay juicio previo, pero no prejuicio; se resuelve en base a lo que aparece como cierto sin prejuzgar el fallo definitivo sobre la certeza de los hechos enjuiciados».

PICÓ I JUNOY entiende que la imparcialidad judicial sí que puede verse comprometida en aquellos casos en los que la medida adoptada suponga una invasión notable en los derechos e intereses del demandado, poniendo como ejemplo las llamadas medidas anticipatorias o autosatisfactivas[215].

En esta línea, algún otro sector de la doctrina, como, por ejemplo, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, afirma que es imposible que el juez no prejuzgue en el momento de resolver una petición de tutela cautelar, al realizar una actividad tan difícil y delicada como es acordar o denegar una petición cautelar teniendo en cuenta todos los datos de hecho y de derecho que deben examinarse, de forma tolerable o intolerable. Y la cuestión es más relevante cuanto más grave, inmisiva, restrictiva, anticipatoria o agresiva es la tutela cautelar solicitada[216]. El único mecanismo corrector

---

[215] Cfr. PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías*…, ob. cit., pág. 97, n. 267, con una opinión próxima a la de JOVE PONS, M. A., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Barcelona, 1995, págs. 114 y siguientes.

Por su parte, PECES MORATE, J., "Medidas cautelares", en *Jornadas sobre la Reforma del Proceso Civil*, Madrid, 1990, pág. 323 señala que «para aplicar medidas cautelares indeterminadas sin predeterminación de un título concreto, es necesario examinar de alguna manera el fondo del litigio, lo que es contrario a la propia esencia del juicio y de la neutralidad del juez», afirmación esta que puede llevar a conclusiones excesivas, como que, en cualquier supuesto, el juez que acuerde una medida podría quedar contaminado y perder su imparcialidad

[216] Cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. El proceso ordinario de ejecución: el nuevo juicio ejecutivo; los demás procesos de ejecución especiales y las medidas cautelares*, Madrid, 2001, pág. 699.

con el que cuenta el juez es la prudencia judicial, como ya señaló CHIOVENDA[217]. A él corresponde, con libertad de criterio, decidir sobre la existencia e intensidad del buen aspecto inicial del derecho del actor. En conclusión, los órganos judiciales deben corresponder a esta confianza extremando la prudencia a la hora de adoptar medidas cautelares[218].

2.2.3. El prejuzgamiento en la tutela cautelar de procesos especiales

Fuera del estricto ámbito de la Ley de Enjuiciamiento Civil, PÉREZ DAUDÍ[219] expone los riesgos de prejuzgar existentes en el incidente para la adopción de medidas cautelares en materia de propiedad industrial previsto por la redacción originaria de los arts. 135 y 136 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (LP, en adelante). La regulación contenida en la LP, además de contemplar la necesidad del principio de prueba por parte

---

[217] Vid. CHIOVENDA, *Principios de Derecho procesal*…, ob. cit., tomo I, pág. 286: «la necesaria indeterminación de las condiciones del embargo conservador hace que en esta resolución tenga especial importancia la prudencia y la apreciación del caso concreto por el magistrado».

[218] Así, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, "Art. 728", en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A., RIFÁ SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F. (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Barcelona, 2000, pág. 3297.

[219] Cfr. PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, ob. cit., págs. 221 y ss. Debemos notar que la problemática a la que se refiere el profesor ha dejado de tener vigencia por las diferentes modificaciones legislativas en la materia. En efecto, los arts. 135 y 136 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo de Patentes [aún válida hasta que entre en vigor la nueva norma el 1 de abril de 2017] fueron derogados por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000; posteriormente, la Ley 19/2006, de 5 de junio, dotó de un contenido nuevo al art. 135, sin relación alguna con el que es objeto de atención por parte de PÉREZ DAUDÍ.

del solicitante de la medida y de permitir la audiencia del contrario, permitía al órgano judicial, atendiendo a lo aportado por aquellos, practicar cualquier medio de prueba que estimase por conveniente para alcanzar la convicción necesaria para la adopción de una medida cautelar[220]. En este sentido, como se ha señalado[221], la Ley de Patentes regulaba el incidente para la adopción de medidas cautelares de manera similar al previsto por entonces para un procedimiento ordinario de menor cuantía, esto es, 20 días[222], creando un procedimiento análogo a un juicio sumario de conocimiento[223], aumentándose, por tanto, las posibilidades de pérdida de

---

[220] El origen de esta singular regulación está en la estimada insuficiencia del art. 1428 LEC/1881 antes de la reforma operada en 1984, pues «solamente con el art. 1428 L.E.C. a la vista no estaba ni mucho menos claro que se pudieran conseguir medidas cautelares –y en particular, la cesación– para la protección de derechos exclusivos de bienes inmateriales». Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Las medidas cautelares en la nueva legislación sobre bienes inmateriales y derecho de la competencia" en VVAA, *Homenaje a H. Baylos. Estudios sobre Derecho Industrial*, Barcelona, 1992, pág. 57.

[221] Cfr. PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, ob. cit., pág. 222.

[222] Señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Las medidas cautelares en la nueva legislación…", ob. cit., pág. 70, que muchas de las violaciones, conductas e infracciones para las que se prevén este tipo de medidas cautelares pueden apreciarse con un sencillo y rápido examen de la cuestión, razón por la que, precisamente, no alcanzamos a comprender la previsión que contenía la norma de un periodo probatorio tan extenso, contraproducente para las necesidades de tutela más urgentes o acuciantes.

[223] Vid. PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, ob. cit., pág. 223; en idéntico sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Las medidas cautelares en la nueva legislación…", ob. cit., pág. 75.

la imparcialidad del órgano judicial.

Consecuentemente, desde la perspectiva del debido proceso cautelar, deberemos plantearnos, al tratar sobre las cuestiones relativas al procedimiento de adopción de la tutela cautelar, la posible necesidad de que el juez cautelar sea diferente del juez que conozca sobre el fondo[224].

3. PELIGRO EN LA DEMORA O *PERICULUM IN MORA*

El segundo de los presupuestos de necesaria concurrencia para la concesión de la tutela cautelar es el, tradicionalmente, denominado como *periculum in mora*, o peligro de daño por la demora procesal sobre intereses y derechos del actor, condición esta que, por ese carácter de presupuesto ya señalado, deberá concurrir de manera previa a la solicitud de la tutela cautelar.

La inclusión del *periculum in mora* como presupuesto de la tutela cautelar es una consecuencia natural y lógica de la propia finalidad de esta clase de tutela. Queremos decir con ello que, si el proceso fuese una actividad de

---

[224] Algunos se oponen frontalmente a esta posibilidad, como GARBERÍ LLOBREGAT, "Medidas cautelares y proceso cautelar", ob. cit., pág. 54: «además, y pese la necesidad de que el análisis dela procedencia de las medidas cautelares deba hacerse de la manera más autónoma posible con relación al objeto procesal principal debatido, el conferir dicha labor a un juez distinto a aquel a quien competa conocer del pleito principal *puede entrañar más inconvenientes que ventajas*, tanto por falta de agilidad y economía en el tratamiento del asunto, cuanto por la carestía que para el litigante puede comportar la multiplicación de actos procesales ante uno y otro órgano judicial».

carácter instantáneo que no requiriera de un lapso de tiempo para su realización, la tutela cautelar no tendría, por sí misma sentido, pues trata de dar cumplimiento al principio de indemnidad de la tutela, esto es, que aquel que el uso del proceso no se vuelva en contra, esto es, que no deriven perjuicios tales que el proceso suponga una carga excesiva que haga ilusorio el derecho reclamado. Uno de los riesgos del proceso, en plásticas palabras de MORELLO, uno de los integrantes del «tríptico de los tentáculos de la hidra que deforman el rostro de la Justicia»[225], es que, durante ese tiempo de pendencia del proceso, el demandante realice actuaciones que supongan la ineficacia de la posible sentencia estimatoria que pudiera otorgar la tutela definitiva[226].

Por tanto, el objetivo está en neutralizar el daño que podría derivar del transcurso del tiempo necesario para que se dicte la resolución principal; entonces el problema que el juez evalúa, en el momento de otorgar la tutela cautelar, es ver si el peligro que corre el derecho reclamado sería susceptible de agravarse e incluso de transformarse en irreparable, cuando se debe esperar hasta la emanación de la decisión principal. El *periculum in mora* comprende aquellos riesgos que pueden amenazar la efectividad de la

---

[225] Cfr. MORELLO, A., "Pórtico" de MONROY GÁLVEZ, J. J., *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima, 2002, pág. 11, quien señala como tales el abuso del proceso, su duración irrazonable y el costo del mismo.

[226] Vid. CALAMANDREI, P., *Introducción al estudio*…, ob. cit., pág. 82.

sentencia del proceso principal, ocasionada por la demora en emitirla, y que la cautela pretende conjurar[227]. Para entender, por tanto, el contenido de este presupuesto será necesario atender a los dos elementos que configuran el mismo: la amenaza o peligro que origina este *periculum* y el posible daño en os intereses de la parte actora, consecuencia de ese peligro.

3.1. El peligro y sus manifestaciones

En este punto debemos de precisar aquellos elementos de un proceso concreto que puedan suponer un peligro para los legítimos intereses de la parte actora. En este punto, importantes sectores de la doctrina, siguiendo nuevamente la distinción acuñada por CALAMANDREI[228], distinguen

---

[227] Cfr. ORTELLS RAMOS y CALDERÓN CUADRADO, *La tutela cautelar en el proceso civil*…, ob. cit., pág. 14.

[228] Cfr. CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático*…, ob. cit., págs. 71 y 72, con un enfoque un tanto diferente, aunque únicamente en la cuestión de *nomen iuris*, se refiere a peligro de infructuosidad y a peligro de tardanza. En las primeras, «la providencia interina trata de acelerar en vía provisional la satisfacción del derecho, porque el *periculum in mora* está constituido, no por la desaparición de los medios necesarios para formación o ejecución de las providencias principales sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación a causa de las dilaciones del proceso ordinario del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiende en el juicio de mérito». A diferencia, en las segundas, «no se trata de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino solamente de suministrar anticipadamente los medios idóneos para asegurar que la declaración de certeza o ejecución forzada del derecho se produzcan, cuando la lentitud del procedimiento ordinario lo consiente, en condiciones prácticas más favorables: lo urgente no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia principal, cuando llegue, sea justa y prácticamente eficaz».

dos formas posibles de peligro, uno de naturaleza subjetiva o peligro de infructuosidad, y otro de naturaleza objetiva, o peligro de retraso[229].

El primero de ellos, subjetivo o de infructuosidad es aquél que se justifica en una posible conducta del demandado durante el desarrollo del proceso. En este caso, el peligro consistirá en el temor a que el demandado cometa, durante el desarrollo del proceso, tanto dentro como fuera, actuaciones o conductas que puedan suponer llegar a un estado de las cosas que impida la eficacia de una eventual sentencia condenatoria en su contra[230]. Fácilmente imaginable es un supuesto de este peligro, como las maniobras patrimoniales y societarias para colocar a un demandado en una situación de aparente insolvencia que dificulte una posterior ejecución de sus bienes.

El peligro de carácter objetivo, o peligro por el retardo, será aquél que aparece por la mera pendencia de un proceso, con independencia de la

---

[229] Acogen esta distinción, por ejemplo, ALONSO FURELOS, "Nuevas perspectivas sobre el proceso cautelar", ob. cit., págs. 379 y 380; PÉREZ DAUDÍ, V. "Las medidas cautelares" en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil*, tomo III, Barcelona, 2000, págs. 584 - 586; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Civil*, t. II, ob. cit., pág. 344; CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, ob. cit., págs. 172 y ss.

[230] En este sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, "Medidas cautelares y proceso cautelar", ob. cit., pág. 57. En favor de este criterio como elemento central del *periculum*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, "Art. 728", *Comentarios a la nueva Ley*…, t. III, ob. cit., pág. 3294.

conducta procesal o extraprocesal del resto de sujetos del proceso[231]. Este tipo de peligro se ha asociado, frecuentemente con las formas de tutela anticipatoria, como precisaremos más adelante, en las que el adelantamiento provisional de la totalidad o una parte de los efectos de una eventual sentencia estimatoria será la única vía para garantizar su eficacia[232]. Si la mora procesal, y una conducta externa son lo único que produce el daño, la manera obvia de evitar que este se produzca será adelantando los efectos de la resolución final.

En contraste, si el peligro estuviese en una posible conducta del demando u otras personas, lo adecuado será el empleo de formas de tutela que eviten la transformación del objeto litigioso. En estos supuestos, el peligro estará compuesto por una serie de circunstancias o hechos que deberán tenerse en cuenta en confrontación con las pretensiones que se hayan deducido en el proceso concreto, de manera que puedan poner en riesgo las mismas. Esto supone que, unos mismos hechos, aisladamente considerados, podrán constituir un peligro en un proceso en el que se haya introducido un determinado *petitum,* pero no en otro proceso con un objeto diferente. Los hechos aisladamente considerados no permitirán enjuiciar la existencia de

---

[231] Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, ob. cit., pág. 526, entiende que es necesaria una objetivización de estos presupuestos, sin la necesidad de añadir ningún elemento subjetivo referido a las circunstancias personales del demandado.

[232] Cfr., CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, ob. cit., pág. 75 y 77.

peligro, sino que deben ponerse los mismos en relación con el contenido del proceso al que se refieran. De esta manera no habrá hechos que necesaria y categóricamente supongan un peligro, sino que ese dato se obtendrá de su relación con la realidad procesal en la que interfieran[233].

La duración del proceso deberá ser una de las circunstancias que necesariamente se tendrán presentes en el momento de la decisión sobre la adopción de la tutela cautelar[234]. Desde luego, debemos considerar que, a una mayor prolongación temporal del desarrollo del proceso, más probabilidades habrá de que el peligro llegue a cristalizar en daño y, adicionalmente, que ese daño sea de mayor entidad.

Junto con las consideraciones anteriores, debe recordarse que la valoración del *periculum in mora*, como ocurre con cualquier otra operación de enjuiciamiento, está fuertemente influida por un componente de carácter

---

[233] Apunta ORTELLS RAMOS, "La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia…", ob. cit., pág. 616, que, «para una misma pretensión interpuesta en el proceso principal, las diferentes situaciones de *periculum in mora* que puedan concurrir justifican medidas cautelares distintas».

[234] Como señala MONTERO AROCA, "Medidas Cautelares" en *Trabajos de Derecho Procesal*, ob. cit., pág. 431, «el peligro aumenta o disminuye según la duración del proceso principal; cuanto más duradero sea ese proceso mayores oportunidades de tiempo tendrá el demandado para que la actividad jurisdiccional no proporcione satisfacción al demandante».

subjetivo[235], como es la condición humana de los integrantes del órgano jurisdiccional, que estará influenciado por sus experiencias, previas, ideas, personalidad e incluso sentimientos. Estos factores, que pueden variar tremendamente de una persona a otra, pueden llegar a suponer que se enjuicie de forma diversa la existencia del peligro en dos situaciones análogas[236].

La exigencia de que los efectos concretos de la tutela cautelar estén asociados con el peligro aparece recogida, expresamente, en el art. 726.1 LEC[237]. Si con la tutela cautelar se pretende evitar la efectiva producción del daño mediante la neutralización del peligro, el concreto efecto cautelar decretado deberá ser adecuado para atajar el peligro concreto. Por tanto, la determinación del peligro y su manifestación concreta condicionará la particular medida que se adopte. Por ello, no sería difícil pensar en la posibilidad de que, para asegurar una misma pretensión, puedan adoptarse

---

[235] Ya señalaron ese carácter fuertemente subjetivo, FAIRÉN GUILLÉN, "La reforma del proceso cautelar español", ob. cit., pág. 906 o SERRA DOMÍNGUEZ, "Teoría general de las medidas cautelares", ob. cit., pág. 40.

[236] Señala PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, ob. cit., pag. 97, que incluso en las resoluciones de una misma Audiencia Provincial pueden encontrarse decisiones contradictorias conforme a hechos análogos. Vid. NIEVA FENOLL, J., "El elemento psicológico en la adopción de medidas cautelares", *Práctica de Tribunales*, núm. 106, 2014, pág. 37, señala que la decisión judicial sobre el *periculum,* se basará en la percepción que el propio juez pueda tener sobre la utilidad del subsiguiente trabajo que vaya a realizar, de manera que no acabe siendo la suya una labor en vano.

[237] Cfr. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 155.

diferentes medidas concretas, según el peligro específico que se trate de atajar[238].

Por ello, como defenderemos en el siguiente apartado, el órgano jurisdiccional, al enfrentarse a la solicitud de medidas cautelares deberá ponderar la idoneidad de la medida propuesta en relación con el peligro alegado. Su proceso mental deberá discurrir desde una primera aseveración sobre la probabilidad y certeza del daño alegado por el solicitante; a continuación, deberán atenderse a los concretos peligros que puedan causar ese concreto daño; finalizará con el análisis de la adecuación de la medida solicitada para la eliminación del peligro y, por tanto, la evitación del daño.

3.2. El daño: la ineficacia de la tutela definitiva

El segundo elemento que debemos considerar en el *periculum in mora* es el daño que el demandante puede sufrir si no se adopta la tutela cautelar solicitada, que tendrá muy diversas manifestaciones y estará sometido a las concretas circunstancias del caso[239].

---

[238] Vid. NIEVA FENOLL, *Enjuciamiento* prima facie*,* ob. cit., págs.209 y siguientes, señala los diferentes condicionantes psicológicos o cognitivos que pueden llevar al órgano judicial, movido por su propia subjetividad a adoptar decisiones diferentes ante situaciones similares.

[239] Esto es, que la necesidad de servirse del proceso para tener razón no debe volverse en daño para el que la tiene: LOZANO-HIGUERO PINTO, *Constitución y proceso*…, ob. cit., págs. 19 y

En el mismo deberán incluirse tanto aquellos daños hipotéticos o de futuro como aquellos, que todavía no han llegado a verificarse en la realidad, como aquellos otros que ya existían y que podían verse agravados por alguna de las formas de peligro anteriormente referidas[240].

La cuestión de la eficacia, o ineficacia, de la tutela definitiva que pudiera obtenerse, que en eso consiste en definitiva el daño, surge por el carácter indeterminado del propio concepto. En un extremo, la ineficacia puede ser de carácter absoluto, es decir, que la sentencia sobe el fondo del asunto no produciría ninguno de sus efectos, de manera que el demandante no viera satisfechas sus pretensiones en modo alguno, ni siquiera a través de una indemnización pecuniaria. En el otro extremo, estaría la modalidad más liviana del daño, consistente únicamente en un mero retraso de lo solicitado, derivado de la natural duración del proceso como forma de solución de conflictos jurídicos[241].

---

ss.; presente ya en CHIOVENDA; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil,* vol. I, ob. cit., págs. 255 y 256.

[240] Vid. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 151, donde clasifica diferentes modalidades de daño, hasta cuatro, según impidan totalmente la ejecución de la sentencia, la práctica de la ejecución específica, la utilidad práctica de efectos no ejecutivos y la insatisfacción por el paso del tiempo.

[241] Como señala RIFÁ SOLER, "Requisitos de las medidas cautelares. Modificación y alzamiento de las cautelas", ob. cit., págs. 104 y 105, la redacción de la LEC admite que el daño que se trate de evitar no sea la total inefectividad de la tutela, sino que serán incluidos los daños que consistan en posibles dificultades o trabas a la efectividad de la sentencia.

3.3. La necesidad de acreditación de los elementos del *periculum in mora*

Al margen de la determinación de los peligros y daños posibles para la pretensión del demandante, debemos considerar si, durante el procedimiento de adopción de medidas cautelares será necesario acreditar la concurrencia de los diferentes elementos que componen el *periculum in mora*[242].

La primera respuesta, conforme a los principios del debido proceso, deberá ser afirmativa, puesto que, si aceptásemos que, con la mera afirmación de la existencia de este presupuesto, el solicitante pudiese obtener la tutela cautelar pretendida, se estaría abriendo una puerta el uso espurio y torticero de esta forma de tutela jurisdiccional[243].

Sin embargo, debe matizarse el alcance y los elementos de esta necesaria acreditación. En aquellos supuestos de peligro objetivo que generen un daño de menor intensidad como el que hemos señalado anteriormente, el órgano judicial podrá apreciar el mismo sin necesidad de acudir a fuentes de prueba adicionales, sino que bastará con su propio conocimiento para entender la existencia de un peligro por el retardo que supone la duración del proceso

---

[242] Señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil*…, ob. cit., pág. 393 que la no tipificación de los tipos de peligro en el art. 728.1 LEC no significa que, en cada caso particular, y según las circunstancias del mismo, el solicitante deba acreditar su concurrencia.

[243] Vid. MALLANDRICH MIRET, *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pág. 126.

que produce el daño del retraso en recibir el demandado lo que, según la decisión definitiva, le corresponde. Estaríamos aquí ante un hecho notorio no necesitado de prueba[244].

En cambio, cuando el *periculum in mora* esté encarnado por otro tipo de factores no obvios, la acreditación de los mismos deberá exigirse por parte del órgano judicial, aunque la acreditación no tendrá que suponer probar la seguridad del daño, sino solo la probabilidad de que este pueda llegar a producirse[245], pues en muchos supuestos el peligro será una mera incertidumbre que no se haya verificado, siendo precisamente lo que se trata de evitar con esta forma de tutela. Además, debemos considerar los principios de sumariedad y brevedad que configuran el procedimiento cautelar, de manera que las partes no siempre dispondrán de las

[244]Cfr. MICHELLI, G. A., *La carga de la prueba,* trad. Sentís Melend, Bogotá, 1989 (1942), pág. 105; SERRA DOMÍNGUEZ, M., "De la prueba de obligaciones" en ALBALADEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XVI, vol. 2º, Madrid, 1981, págs. 32 y ss.

[245] Así, GUTIERREZ DE CABIEDES, E. "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", ob. cit., pág. 13; por ejemplo, al referirse a la anotación preventiva de demanda, MARTÍN PASTOR, *La anotación preventiva como medida cautelar…*, ob. cit., pág. 177, señala que «no se exige que concurra un peligro en la demora más o menos cualificado para la concesión de la anotación preventiva de demanda, sino que, en este caso, es suficiente el propio peligro genérico que resulta de la interposición de una demanda que tenga trascendencia registral».

posibilidades de proponer pruebas que existen un proceso declarativo, por lo que se les exige un nivel de certeza menor[246].

3.4. El *periculum in mora* en la Ley de Enjuiciamiento Civil

La actual Ley de Enjuiciamiento Civil supera la falta de sistemática de su venerable predecesora, de manera que no contempla una regulación particularizada del *periculum* que corresponde a cada medida cautelar concreta[247], sino unas disposiciones generales que configuran este presupuesto para todas las manifestaciones de tutela cautelar[248].

---

[246] Señala FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, "Art. 728", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., t. III, pág. 3296, que el órgano judicial determinará esta situación de peligro, sin necesidad de apoyarse en acreditaciones documentales presentadas por el actor, aunque será conveniente que este razone los motivos por los que concurre el peligro. En términos similares, GARBERÍ LLOBREGAT "Medidas cautelares y proceso cautelar", ob. cit., pág. 58. Como precisa RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles*, ob. cit., pág. 548, una interpretación literal de la LEC permite, en este momento a las partes, aportar todos los medios de prueba de que disponga.

[247] Cfr. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado*…, t. II, ob. cit., págs. 850 y 851 efectúa una enumeración de los diferentes peligros que se tratan de atajar con cada una de las medidas cautelare que contemplaba la antigua LEC; también, ORTELLS RAMOS y CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial cautelar…,* ob. cit., pág. 14, hacen una referencia a varios ejemplos de formas de *periculum* recogidos en diferentes normas cautelares, dispersos en el articulado de la antigua LEC.

[248] Vid. PEDRÁZ PENALVA, "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., págs. 40 y ss.

En este sentido, la vigente LEC regula el presupuesto del *periculum in mora* en su art. 728.1, complementado por un segundo apartado en el que se excluye la concurrencia del mismo cuando las circunstancias que determinan el peligro han sido consentidas por el solicitante de la medida durante el tiempo, salvo que exista motivo bastante que justifique que no se hayan solicitado con anterioridad.

Como hemos adelantado, el legislador ha preferido no especificar las situaciones que pueden constituir un peligro, de manera que el órgano judicial es libre en la valoración de las circunstancias que integren el mismo[249]. La amplitud de este precepto hará que sea indiferente la naturaleza del peligro, que podrá provenir tanto de actos del demandado como de las propias circunstancias del proceso[250].

El peligro, en la formulación de este precepto, queda vinculado al daño que pueda ser irrogado sobre los intereses del demandante, de manera que podrá ser considerado cualquier peligro que pueda ocasionar un daño que impida

---

[249] En este sentido, BARONA VILAR, *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., págs. 226 y 227, afirma la existencia de dos posibles sistemas de configuración legal del *fumus boni iuris*. Por un lado, puede realizarse una configuración abstracta, a la cual corresponde la LEC, y una concepción concreta, en la que la norma determina el tipo de peligro que se pretende atajar con cada efecto cautelar.

[250] Vid. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., págs. 155 y ss., señala que la LEC no requiere que se haya producido efectivamente cierto comportamiento del demandado, sino que bastará en términos objetivos con una probabilidad de que se produzcan situaciones que entopezcan la efectividad de la tutela.

o dificulte la efectividad de la tutela que pudiese obtenerse en una eventual sentencia estimatoria. De esta manera, el precepto cubre aquellos daños que supongan tanto la ineficacia total de la sentencia como la disminución parcial de la eficacia de la misma o, en palabras de la propia LEC, sea vea dificultada. Será labor del órgano jurisdiccional concretar hasta qué punto concurre este dato de la pérdida de eficacia de la sentencia.

En definitiva, la redacción del art. 728 LEC permite una configuración amplia y dúctil[251] del presupuesto del *periculum in mora*, que permite adaptar el mismo a una gran variedad de supuestos de riesgo para la insatisfacción de la posición del solicitante.

[251] Cfr. ORTELLS RAMOS, M., "Tutela cautelar en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en MARTÍN ESPINO, J. D., (Coord.), *El proceso civil y su reforma*, Madrid, 1998, págs. 430 y 432, critica la estrechez del *perículum* en el Borrador de Anteproyecto de la LEC, que únicamente contemplaba el mismo para los supuestos de daño más agravados. La LEC, finalmente, atendió a las observaciones realizadas en este punto.

4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO PRESUPUESTO DE VALIDEZ DE LA RESOLUCIÓN CAUTELAR EN LA TUTELA PROCESAL CIVIL

4.1. Planteamiento de la cuestión.

Actualmente pocos medios tan poderosos como las medidas cautelares están potencialmente a disposición de las partes en un proceso civil. Las nuevas corrientes doctrinales, así como las legislativas, han concedido, como estamos estudiando, una gran importancia[252] a esta institución, toda vez que, a través de ella, se persiguiera dar satisfacción a las pretensiones de las partes de una manera casi inmediata, así como evitar los riesgos de unos procesos que se dilatan excesivamente en el tiempo. Empero, el riesgo de estas instituciones es, primordialmente, uno muy evidente: con una cognición muy limitada y parcial, en ocasiones sin dar audiencia previamente a la otra parte, el juez puede decidir de manera casi definitiva un conflicto jurídico, otorgando una tutela que desequilibre casi completamente *pro* futuro la posición de las partes en el proceso.

Sin duda, la tutela cautelar es un instrumento tutelar esencial para la protección de los derechos, como así ha reconocido el Tribunal Constitucional, pues la tutela jurisdiccional no es tal sin medidas cautelares

---

[252] Como señala TARZIA, G., *I procedimenti cautelare*, Padova, 1990, pág. XXIV, la lentitud intolerable del proceso ordinario ha supuesto una proliferación y constante aumento de la relevancia social y práctica de las formas de tutela urgentes y cautelares.

que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (STC 14/1992, de 10 de febrero, Pleno, F. J. 7, pár. I).

No obstante, no puede desconocerse que no solo la protección de los intereses del demandante está en juego en la misma, sino también los propios derechos del demandado (cautelado) que soporta la medida cautelar, tanto aquellos de naturaleza patrimonial como los constitucionalmente reconocidos de defensa y afines, recogidos en el art. 24. CE. Como bien apunta PROTO PISANI, esta forma de tutela presenta un alto grado de riesgo, por no estar basada en una cognición plena del órgano judicial, sino en una probabilidad, el llamado *fumus boni iuris*, siendo posible que este juicio se revierta y la medida cautelar se convierta en un daño injustificado para el que la sufre[253].

Cabe plantearnos, pues, si el principio de proporcionalidad puede ser el elemento atemperador necesario para conjugar y equilibrar estas dos posiciones contrapuestas: el derecho a la tutela cautelar del demandante, por un lado, y la minimización de las lesiones en el patrimonio de la parte pasiva de la medida, ante la posibilidad de que la resolución final sea favorable a esa parte inicialmente constreñida y que, por ello, sufre la medida cautelar.

[253] Cfr. PROTO PISANI, A., "La tutela cautelar" en *La tutela jurisdiccional*, Lima, 2014, trad. Marinelli, pág. 399.

La repercusión social de esta cuestión está más que justificada, no es un mero empeño doctrinal. El relativamente reciente pleito entre las asociaciones de taxistas de Madrid y la empresa Uber, que ofrecía, a través de una aplicación de telefonía móvil, servicios de transporte urbano de viajeros en coches de particulares, es una buena muestra de lo que señalábamos anteriormente. En el litigio, las asociaciones profesionales de taxistas de la Comunidad de Madrid solicitan que se prohíba a la citada empresa continuar con sus actividades, cancelando el servicio de transporte de particulares que prestaban sin contar con las licencias y permisos administrativos. El órgano judicial, sin dar audiencia a la parte que sufre las medidas, sin ni siquiera haber iniciado el proceso mediante demanda, coloca a la parte que soporta una medida cautelar en la posición de renunciar a cualquier actividad mercantil en nuestro país, prohibiendo que la misma mantenga en funcionamiento la aplicación de telefonía móvil a través de la que los usuarios contrataban sus servicios.

4.2. Aproximación al contenido del principio de proporcionalidad

La noción o concepto de proporcionalidad es, sin lugar a dudas, uno de los cánones o máximas fundamentales en la hermenéutica y aplicación de las normas o disposiciones limitadoras de los derechos fundamentales. Si bien encontramos menciones y orígenes remotos, es desde la Ilustración, como

se ha señalado[254], cuando empieza a cobrar un mayor protagonismo, tanto entre los pensadores[255] como en las primeras declaraciones de derechos surgidas al calor de las revoluciones burguesas. Así, en el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se proclama que la Ley no deberá establecer más penas que las estricta y evidentemente necesarias.

4.2.1. Noción preliminar del contenido del principio de proporcionalidad

En este momento, nos permitimos ofrecer un esbozo o anticipación de lo que, a nuestro ver, debe entenderse como principio de proporcionalidad. Este puede definirse como la garantía que, apoyada esencialmente en las pautas de idoneidad, adecuación y mínima injerencia[256], opera como criterio

---

[254] En este sentido, ARANGÜENA FANEGO, C., *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español,* Barcelona, 1991, págs. 122 y 123: «ciertamente, el principio de proporcionalidad no es algo nuevo, puesto que ya fue objeto de consideración por autores como Beccaria, Montesquieu o Concepción Arenal, entre otros, al hablar de la necesaria proporción que debía mediar entre delitos y penas».

[255] Entre nosotros, deben recordarse las palabras escritas en 1782 por LARDIZABAL Y URIBE, M. *Discurso sobre las penas*, Granada, 1997, pág. 55: «es fácil señalar la verdadera medida y cantidad de las penas, pues cuanto mayor fuere el daño causado a la sociedad o a los particulares, mayor la libertad y conocimiento con que se hace, más peligroso el ejemplo que resulta de la acción y más vehementes los impulsos para delinquir, tanto mayor será el delito, y por consiguiente la pena con que se debe castigar».

[256] Cfr. PEDRAZ PENALVA, E., "Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad" en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990, pág. 342; también en PEDRAZ PENALVA, E. y ORTEGA BENITO, V., "El principio de proporcionalidad y su configuración en la

moderador de cualquier disposición normativa o actuación de los poderes públicos que suponga una limitación de derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad estriba, por tanto, en ponderar que medios pueden ser utilizados para alcanzar un determinado fin, condicionando y atemperando las limitaciones o restricciones de derechos fundamentales, con el objetivo de que estas guarden una relación razonable y equilibrada entre el medio empleado y el fin perseguido a su través[257].

4.2.2. Virtualidad del principio de proporcionalidad en el Derecho Público

La proporcionalidad ha sido el vehículo teórico utilizado por la dogmática del Derecho Público, penal y administrativo fundamentalmente, para producir una adaptación de la justicia al caso concreto. Desde perspectivas divergentes, dentro de la concepción angloamericana, se ha acudido a otras figuras, quizá no tan perfiladas dogmáticamente como las europeas continentales que cristaliza en la proporcionalidad, pero sí tan fértil o más

jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", en *Constitución, Jurisdicción y Proceso,* Madrid, 1990, págs. 288 y 289.

[257] Vid. FASSBENDER, B., "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pág. 52. En palabras de CARRILLO SALCEDO, J. A., "La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos" en QUEL LOPEZ, F. J. y ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2007*, Bilbao, 2008, págs. 239-276: «el principio de proporcionalidad […] comporta una posición cercana al polo de atracción de los derechos humanos en la medida en que restringe la libertad de los Estados para efectuar intromisiones en el disfrute de determinado derechos y libertades» (pág. 255).

que la aproximación europea. Nos referimos a la regla de la razonabilidad o del debido proceso[258]. Así pues, conforme a lo anterior, podemos hablar de una racionalidad lógico-filosófica, recogida en el llamado *logos de lo razonable*[259]. Frente a ella, la razonabilidad institucional, de raíz garantista, extraída de la concepción anglosajona, que se bifurca en institucional y funcional[260].

---

[258] Sobre la conexión entre razonabilidad y debido proceso, vid. LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1990, págs. 158-159.

[259] Como criterio empleado dentro de la hermenéutica jurídica, la razonabilidad ha tenido gran recorrido, especialmente desde los postulados elaborados por CHAÏM PERELMAN o LUIS RECASENS SICHES sobre la lógica y la argumentación jurídica, como criterio lógico-jurídico en la interpretación y aplicación de la norma. Vid. PERELMAN, C., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Díez-Picazo, Madrid, 1988, pág. 228, quien entiende que «el derecho se desarrolla equilibrando una doble exigencia: una de orden sistemático, que es la elaboración de un orden jurídico coherente, y otra de orden pragmático, que es la búsqueda de soluciones que sean aceptables por el medio, porque son conforme con lo que parece justo y razonable». También cfr. RECASENS SICHES, L., *Introducción al estudio del Derecho*, 12ª ed. México DF, 1997, págs. 246-248, afirma que la razonabilidad o logos de lo razonable es el único método de interpretación jurídico válido, superando los tradicionales métodos hermenéuticos. Interpretar según este *logos* supone individualizar la solución conforme a la equidad para cada caso concreto. Para actuar conforme al *logos* de lo razonable «hay que proceder razonablemente percatándonos de la realidad y del sentido de los hechos, comprendiendo las valoraciones en que se inspira el orden jurídico positivo, viendo el propósito de la norma en cuestión y apreciando las valoraciones complementarias que produzca el juez en armonía con dicho orden jurídico positivo», obteniendo así una solución al conflicto.

[260] Para la distinción entre razonabilidad institucional y razonabilidad funcional, cfr. LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Constitución y proceso: el principio de imposición de costas*, León, 1987, pág. 179, n. 339. Existe una razonabilidad estructural, de carácter configurativo u objetivo interno, respecto al contenido esencial del derecho; pero, además, existe una razonabilidad funcional, como proscripción de la arbitrariedad externa y de la ausencia de defecto de proporcionalidad y subjetiva adecuación.

Siguiendo la doctrina más consolidada[261] y autorizada en la materia, tanto española[262] como extranjera[263], se ha venido distinguiendo tres elementos

[261] La caracterización más acertada, en nuestra opinión, sobre el contenido y elementos de este principio de proporcionalidad la encontramos en ORTEGA BENITO y PEDRAZ PENALVA, "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", en *Constitución*…, ob. cit., págs. 294-297. De modo sucinto, la adecuación debe entenderse de manera que un medio es apropiado cuando mediante él se puede alcanzar aquel resultado deseado, por lo cual, si una medida se revela como manifiestamente desajustada para contribuir a la obtención de un resultado, esta deberá ser reemplazada por otra. La exigibilidad, consistiría simplemente en atender a que el medio seleccionado para llegar al fin propuesto no pueda ser suplido por otro medio de igual eficacia, pero menos gravoso para el derecho afectado, resultando esencial que esa medida menos gravosa sea adecuada para lograr un mismo resultado. Finalmente, proporcionalidad *stricto sensu* vendría a significar que medio y fin aparecen como dos variables que no pueden estar en evidente desequilibrio, exigiéndose una ponderación entre los bienes e intereses jurídicos colectivos o individuales en debate para determinar si se encuentran en una correlación razonable, matizando tal relación en atención al peso o preeminencia de los derechos o intereses en juego.

[262] Además de los ya citados, PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO, asumen esta desmembración del principio de proporcionalidad en diferentes componentes o subprincipios GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., en *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, págs. 151 a 275; o en "El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, págs. 191-215. También, ARANGÜENA FANEGO, *Teoría general de las medidas cautelares reales…,* ob. cit., págs. 125-132; o, sin ánimo de ser exhaustivos, RAMOS ROMEU, F., *Las medidas cautelares civiles*, Barcelona, 2006, pág. 125.

[263] Cfr. ALEXY, R., "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista española de Derecho Constitucional,* núm. 91, enero-abril 2011, págs. 11 a 29, donde afirma que «el principio de proporcionalidad […], que en las últimas décadas ha recibido gran reconocimiento dentro de la teoría y práctica de la jurisprudencia constitucional, está conformado por tres subprincipios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto» (pág. 13). De igual modo, KLUTH, W., "Prohibición del exceso y principio de proporcionalidad en Derecho Alemán", *Cuadernos de Derecho Público*,

diferentes en los que se puede descomponer el principio de proporcionalidad[264]: a) la adecuación, por la que una medida restrictiva de derechos debe ser apropiada u oportuna para alcanzar un objetivo propio de una sociedad democrática; b) la exigibilidad o necesidad, esto es, que no exista una medida menos invasiva, pero igual de eficaz, para conseguir el objetivo propuesto; y, c) finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto, consistente en buscar un justo equilibrio entre los dos intereses en juego, por un lado, los que pretenden protegerse con la medida restrictiva de derechos, y los que se afectan con la citada medida, por otro.

núm. 5, 1998, págs. 226-230; o BANDRÉS, J., "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario", *Revista de Administración Pública*, núm. 135, págs. 495 y ss.

[264] Se acoge, de este modo entre la doctrina, el que ha sido llamado como "test alemán" de proporcionalidad, por haber sido impulsado, principalmente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina alemanas. En este sentido, y sobre la formación de este "test alemán", vid. ORTEGA BENITO y PEDRAZ PENALVA, "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", *Constitución*…, ob. cit., págs. 290-296. Sobre su recepción por la doctrina del Tribunal Constitucional, vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad…,* ob. cit., págs. 53 y ss., o, del mismo, "Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad", *Revista Jurídica de Catalunya,* vol. 101, núm. 4, 2002, págs. 165-169

4.2.3. El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del TEDH

Por su parte, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque poco inclinado a sistematizaciones y elaboraciones conceptuales generales, se han venido reflejando algunos de estos elementos[265], aun de forma parcial, y referidos a cada caso concreto, contemplando este principio incluso cuando los preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos no hacían referencia expresa al mismo.

El análisis de la proporcionalidad de una medida limitativa de derechos para la consecución del fin legítimo en una sociedad democrática, formula que habitualmente emplea el TEDH, es una constante en la jurisprudencia del mismo. En la mayoría de los casos de supuesta violación de los derechos del CEDH que examina el TEDH, se hace especial hincapié en este concreto aspecto, siendo elemento decisivo a la hora de examinar la validez de una limitación.

Este control de la proporcionalidad de la injerencia sobre un derecho fundamental se produce sobre las limitaciones que afectan a los más variados derechos, como pueden ser la libertad de asociación [Sentencias

---

[265]. Sobre la materia, vid. FASSBENDER, B., "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, págs. 54 y ss.

Refah Partisi y otros c. Turquía, de 31 de julio de 2001, Demandas núms. 41340/1998 41342/1998, 41343/1998 y 41344/1998, §§ 133 y 134; Herri Batasuna y Batasuna c. España, de 30 de junio de 2009, Demandas núms. 258031/2004 y 25817/2004, §§ 74 a 92], la libertad de expresión o información [Sentencia Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy c. Francia, de 5 de marzo de 2009, §§ 44 a 53], el derecho de acceso a los tribunales [Sentencias Ashingdane c. Reino Unido, de 28 de Mayo de 1985, demanda 8225/1978, § 57 y Markovic y otros c. Italia, de 14 de Diciembre de 2006, demanda 1398/2003 § 99] o, finalmente y sin ánimo de ser exhaustivos, el derecho de propiedad [Sentencia Ex-Rey de Grecia y otros c. Grecia, de 23 de noviembre de 2000, demanda 25701/1994, § 94].

Esta configuración inicial efectuada por la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemanas ha sido seguida, con ligeras variaciones o matices tanto por el TEDH, como por el TC, así como por la doctrina y, en contadas ocasiones, por el legislador.

Respecto de la jurisprudencia del TEDH, hemos de señalar, en primer lugar, que en ningún momento de su extensa producción se ha detenido a realizar una teorización del principio de proporcionalidad, es decir, no ha plasmado de una manera general y abstracta que elementos o exigencias considera como integrantes de tal principio. Por el contrario, y como señala PEDRAZ «según ha puesto de relieve en muchas ocasiones el TEDH, el canon de proporcionalidad tiene virtualidad en y desde el caso singular […] al

suscitarse por tanto la declaración jurisdiccional acerca de la correcta o incorrecta aplicación de un precepto o realización de un acto presuntamente lesivo de un derecho fundamental»[266].

Examinando algunos de los pronunciamientos más relevantes del TEDH, podemos observar que hace especial incidencia en la nota de necesidad o adecuación, en que la medida lesiva adoptada responda a una necesidad de una sociedad democrática (Sentencia Barthold c. Alemania, de 25 de marzo de 1985, demanda núm. 8784/1979, § 54 y 55; Sentencia Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, demanda núm. 5493/1972, § 49).

Por otro lado, también se acoge por parte del TEDH al examen de la exigibilidad, observando en los casos concretos si para obtener el fin propuesto por la medida restrictiva, no existía un medio menos gravoso, pero igual de eficaz, para conseguir tal fin. Así, por ejemplo, en la Sentencia Handyside (§ 58), rechaza la existencia de violación del derecho del demandante por no existir una medida limitativa de sus derechos, pero necesaria para el fin legítimo perseguido, menos leve que la inicialmente adoptada.

También, podemos observar cómo ha concedido importancia decisiva el TEDH a la proporcionalidad sensu stricto. Así, a la hora de enjuiciar la

---

[266] Vid. PEDRAZ PENALVA, E., "Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad", *Constitución*…, ob. cit., pág. 342.

proporcionalidad de una determinada injerencia ha tenido en cuenta si esta permitía «un justo equilibrio entre los dos intereses en juego» (Sentencia Barthold, § 58). En términos similares, se ha pronunciado diciendo que «el Tribunal debe buscar si se mantiene el justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la salvaguardia de los derechos fundamentales del individuo» (Sentencia Sporrong y Lönnroth c. Suecia, de 23 de septiembre de 1982, demanda núm. 7151/1975 y 7152/1975, § 69; y Sentencia en el caso Relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica c. Bélgica, de 23 de julio de 1968, demanda núm. 1677/1962, 1691/1962 y 1474/1962, § 5). En este mismo sentido, es deber del TEDH examinar que la limitación de los derechos no suponga para el ciudadano una «carga especial y exorbitante» (Sentencia Sporrong, § 73).

Por último, el TEDH en el razonamiento particular que conduce a la solución de cada supuesto concreto, presta especial atención a la importancia y posición del derecho supuestamente vulnerado. Por ello, la intensidad de la exigencia de proporcionalidad en la injerencia del derecho será mayor o menor según nos encontremos ante un derecho que, en la jerarquía de valores, ocupe una posición preeminente, atendiendo a su necesidad para el desarrollo de la vida en una sociedad democrática. Recurriendo, *ad exemplum*, a las sentencias antecitadas, vemos como el tribunal es más riguroso en su examen del respeto de la proporcionalidad cuando se trata de un derecho «que ocupa un lugar preeminente en una

sociedad democrática» que constituya «uno de los fundamentos esenciales y una de las condiciones primordiales de su progreso y del pleno desarrollo de todos» (el derecho a la libre expresión, en la Sentencia Barthold, § 58). Por el contrario, con otros derechos de menor relevancia, se muestra el TEDH más permisivo, y otorga a los poderes públicos un mayor margen para su limitación (vid. Sentencia Sporrong, §79, en la que el TEDH reconoce mayores poderes limitadores en el caso de la propiedad privada con el fin de conseguir una correcta ordenación urbana).

4.2.3. La adopción de la proporcionalidad por el Tribunal Constitucional

En nuestro país, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional siempre se ha mostrado permeable a la jurisprudencia elaborada por el TEDH. Por ello, desde un inicio, acogió los postulados emanados desde el Tribunal de Estrasburgo, como puede observarse, por ejemplo, en la STC 62/1982 (Sentencia de 15 de octubre de 1982, Sala 1ª), en su F. J. 4º, en la que se acoge a la doctrina de la citada Sentencia Handyside para examinar la proporcionalidad de una limitación del derecho a la libre expresión.

Al examinar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de proporcionalidad en la limitación de los derechos, encontramos una advertencia inicial en cuanto a su posible ámbito de aplicación. Así, en la STC 55/1996 (Sentencia de 26 de marzo de 1996, Pleno), en su F. J. 3º, se afirmaba que «el principio de proporcionalidad no constituye […] un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma

aislada respecto de otros preceptos constitucionales», de manera que nos encontramos ante «un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales […] y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales». En conclusión, el TC no admite una alegación aislada del principio de proporcionalidad, sino que se requiere la conexión con otro precepto constitucional. En todo caso, el Tribunal ha admitido, en más de una ocasión, que este principio ha sido reconocido como un derivado del Estado de Derecho (STC 160/1987, de 27 de octubre, Pleno, F. J. 6º), o del valor fundamental Justicia (STC 50/1995, de 23 febrero, Sala Primera, F. J. 7º).

Aun cuando en un inicio el Tribunal Constitucional no precisó un concepto de lo que entendía por proporcionalidad, a partir de mediados de los años 90, se inició una jurisprudencia que acogió definitivamente la concepción del principio de proporcionalidad que había elaborado y desarrollado unos cuantos años antes la Jurisprudencia constitucional y doctrina alemanas.

En las últimas décadas del siglo XX, tras su consolidación dentro de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – y su posterior recepción por parte de nuestro Tribunal Constitucional[267], puede decirse que

[267] La recepción por parte del Tribunal Constitucional del principio de proporcionalidad en el control de las limitaciones de derechos se llevó a cabo, de manera definitiva, en la STC 136/1999, de 20 de julio, desde su FJ 22º. Previamente, ya había empleado el término y

ocupa un lugar preeminente como instrumento de control de los actos de los poderes públicos, por el cual las actividades legislativa, administrativa y judicial son hoy examinadas desde este criterio de limitación del ejercicio del poder[268].

También, ha tenido ocasión el Tribunal Constitucional de recoger la razonabilidad en su jurisprudencia[269], aunque no exactamente con el enfoque, naturaleza, dimensión y efectos que entraña la razonabilidad como expresión de la garantía del *due process sustantive*[270]. Para la impugnación de las resoluciones judiciales ante el Tribunal Constitucional este ha sentado una trilogía de *tópicos* o motivos que la autorizan y que se repiten constantemente en la jurisprudencia del máximo garante de la

manifestaciones de este principio en otras sentencias, STC 66/1995, de 8 de mayo, FFJJ 4º y 5º; o la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3º. Cfr., entre otros, GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad…,* ob. cit., págs. 54 y ss.

[268] Cfr. PUJADAS TORTOSA, S., *Teoría general de las medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso,* Madrid, 2008, pág. 139.

[269] Sobre la razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, cfr. ALONSO GARCÍA, "El principio de igualdad en el artículo 14 de la Constitución Española", *Revista de Administración Pública,* núm. 100-102, págs. 37 y ss. También, vid. MERCADER UGUINA, J. R., "Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y canon reforzado de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional" en ARRANZ DE ANDRÉS, C. y SERNA VALLEJO, M. (Coords.), *Estudio de Derecho español y europeo,* Santander, 2009, págs. 640 a 644.

[270] Cfr. LORCA NAVARRETE, *Estudios sobre garantismo procesal*, ob. cit., pág. 17.

Constitución[271]: «error patente, arbitrariedad y manifiesta irrazonabilidad» (SSTC 88/1997, 5, de mayo, FJ 2º; 107/2006, 3 de abril, FJ 3º, entre otras). Esta trilogía se ha convertido en tetralogía recientemente, añadiendo a la misma que «la resolución sea *desproporcionada* por su rigorismo o formalismos excesivos», fórmula recogida, de forma aislada, anteriormente en diversas resoluciones (SSTC 185/2009, 7 de septiembre, FJ 3º; 106/2013, 6 de mayo, FJ 4º; 148/2016, 19 de septiembre, FJ 3º), pero que, en otras más recientes, se ha incluido como cuarto elemento (por ejemplo, STC 4/2017, 16 de enero, FJ 4º).

Del principio de proporcionalidad encontramos, finalmente, diversas manifestaciones en múltiples ramas del ordenamiento jurídico con especial

[271] Sobre la cuestión, vid. BELLIDO PENADÉS, R., "Una primera aproximación a la revisión de la valoración de la prueba civil en la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional", *Revista Jurídica Valenciana,* núm. 32, 2014, pág. 8; también, DELGADO PIQUERAS, F., "Motivación irrazonable de las sentencias, suspensión cautelar e indemnización de los perjuicios causados por la ejecución del acto administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 152, 2000, págs. 125 y ss.

intensidad, particularmente, en el Derecho Administrativo[272] como en Derecho Penal[273].

4.3. La proporcionalidad en el proceso penal: su papel esencial en las medidas cautelares personales

Indicados los anteriores conceptos previos sobre el principio de proporcionalidad, como canon para el control de las limitaciones de los

---

[272] En nuestra legislación, puede verse como caso pionero de incorporación del principio de proporcionalidad el art. 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1955), en cual se establecía que «el contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen», y «si fueren varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual. Puede destacarse también el caso del art. 131 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que, bajo la rúbrica Principio de Proporcionalidad, consigna de manera expresa la necesaria «adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de infracción y la sanción aplicada». Sobre el principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo, son ilustradoras las palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder,* 3ª ed., Madrid, 1983, págs. 46 y 47: «hay principios generales que funcionan como reserva última para condenar resultados extremos obtenidos por la Administración, como el principio de iniquidad manifiesta, o el de la irracionalidad, o el de la buena fe, o el de la proporcionalidad de los medios a los fines».

[273] Sin entrar en las consideraciones que la moderna doctrina penal haya podido hacer sobre el alcance del principio de proporcionalidad en este ordenamiento, baste con citar al autor del que parte, en gran medida, el movimiento ilustrado de reforma del Derecho Penal, BECCARIA, C., *De los delitos y las penas,* trad. de las Casas, Madrid, 1998 (1764), pág. 39: «no sólo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan a la sociedad. Así pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por eso haber una proporción entre los delitos y las penas».

derechos fundamentales, podemos afirmar, de manera clara, que la doctrina del Tribunal Constitucional ha aceptado el citado principio como un elemento ínsito o esencial de la medida cautelar personal de mayor importancia, la prisión provisional, procurando limitar al máximo la injerencia y restricción que esta supone sobre el derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE). Por ello, en más de una ocasión, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la prisión provisional supone una privación de libertad que obliga a concebir esta institución, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación subsidiaria provisional, únicamente cuando sea estrictamente necesaria y proporcionada a los fines que constitucionalmente la justifican y delimitan[274].

La mayoría de la doctrina procesalista española ha considerado, a la hora de exponer las notas características y la regulación de la prisión provisional, como elemento que define la institución, la necesidad de observar el

[274] Por todas, STC 128/1995, de 26 de julio, FJ. 3º, recogida también en las SSTC 62/1996, de 15 de abril, FJ. 5º, o 47/2000, de 17 de febrero, FJ. 7º, in fine. En esta última, afirma el Tribunal Constitucional: «por tratarse de una institución cuyo contenido material coincide con el de las penas privativas de libertad, pero que recae sobre ciudadanos que gozan de la presunción de inocencia, [...] en su adopción y mantenimiento ha de ser concebida como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de dichos fines» (FJ 7º, pár. IV).

principio de proporcionalidad en su regulación y aplicación[275]. De entre todos ellos, como ilustrativa del estado de la cuestión en la doctrina actual, podemos subrayar la afirmación de BARONA VILAR, que, al exponer los clásicos presupuestos comunes a toda medida cautelar – esto es, *periculum in mora* y *fumus boni iuris* – señala que ambos fundamentos «deben interpretarse desde el prisma de la proporcionalidad»[276].

Esta opinión, mayoritariamente seguida por la doctrina científica, como veremos, y en las resoluciones del Tribunal Constitucional, fue posteriormente reflejada en la propia regulación positiva de la prisión provisional. Así, la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, reformó el art.

---

[275] Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., y TOMÉ GARCÍA, J. A., *Derecho Procesal Penal,* Madrid, 8ª ed., 2007, págs. 404 y 405. También, en este mismo sentido, RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal,* 10ª ed., Barcelona, 2011, pág. 276; ASENCIO MELLADO J. M., *Derecho Procesal Penal,* Valencia, 6ª ed., pág. 207. Igualmente, MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal,* 4ª ed., Valencia, 2010, págs. 263 a 265; GIMENO SENDRA, V. y DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2004, págs. 481 a 539.

[276] Cfr. BARONA VILAR, S. en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional,* 22ª ed., Valencia, 2014, pág. 496. La citada autora ya se pronunció anteriormente a favor de la centralidad principio de proporcionalidad en la regulación de la prisión provisional en un trabajo de 1987, "Principio de proporcionalidad, presupuesto esencial de la prisión provisional", *Diario La Ley*, Madrid, 1987, pág. 846 y ss., donde señalaba que «el principio de proporcionalidad debe ser el punto de apoyo y pilar fundamental en la regulación de la prisión provisional en todo Estado de Derecho, por cuanto no sabe (sic, pero entendemos que es una errata y debería decir "cabe") hablar de aplicación matemática de la normativa referente en materia de prisión provisional».

502 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, recogiendo, en sus apartados 2 y 3, los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Esta plasmación programática no empece para que, en la concreta plasmación en la Ley de estos principios, el resultado final no haya sido especialmente satisfactorio[277].

Por su parte, la mayoría de la doctrina procesalista española ha considerado, a la hora de exponer las notas características y la regulación de la prisión provisional como principio que define la institución, la necesidad de observar del principio de proporcionalidad en su regulación y aplicación[278].

---

[277] Cfr. ASENCIO MELLADO, J. M., "Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad", *Diario La Ley,* 5 de noviembre de 2001, pág. 3 y ss., que en líneas generales se muestra muy crítico con la regulación de la prisión provisional, que se distancia de manera radical, a juicio de este autor, sobresaliente y riguroso, y especialmente en esta materia, de los principios enunciados en el art. 502 LECrim.

[278] Para ilustrar la anterior afirmación podemos citar algunos de los principales Manuales de la materia:

En primer lugar, BARONA VILAR en *Derecho Jurisdiccional III,* ob. cit., pág. 505, al tratar los caracteres de la prisión provisional señala entre ellos se incluye el principio de proporcionalidad, que para esta autora se concreta en «la adecuación de la prisión provisional a los fines constitucionalmente legítimos […], y asimismo a que el sacrificio que a la libertad de la persona se impone sea razonable en comparación con la importancia del fin de la medida»

En el manual encabezado por DE LA OLIVA SANTOS, A., *et. al., Derecho Procesal Penal* (Madrid, 8ª ed., 2007, págs. 404 y 405), ARAGONESES ALONSO, S. afirma que tras la reforma de 2003 se «recoge explícitamente algunos de los principios básicos que deben presidir esta materia [la prisión provisional], de conformidad con lo previsto en la doctrina del TC», entre ellos el de proporcionalidad, señalando la existencia de sus tres elementos – idoneidad,

necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, remitiéndose al art. 502.2 y 3 para explicar el contenido del principio.

Por su parte, MORENO CATENA, V. en MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, 4ª ed., Valencia, 2010, págs. 263 a 265; establece la proporcionalidad como característica de las medidas cautelares en general, recogiendo los elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto –sin nombrarlos de tal manera--, concluyendo que el principio de proporcionalidad supone la necesidad de «adoptar la medida menos gravosa que mejor se adapte a las circunstancias del caso».

Siguiendo este recorrido por nuestra doctrina, GIMENO SENDRA, V. y DÍAZ MARTÍNEZ, M. en *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2004, págs. 481 a 539 no recogen como elemento constitutivo de las medidas cautelares la provisionalidad, sino que lo limitan a los elementos de jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y homogeneidad. Sin embargo, al tratar sobre la prisión provisional y examinar el objeto de esta –la restricción del derecho de libertad- se deberá atender a la doctrina constitucional sobre proporcionalidad, lo que supone el respeto de los principios de legalidad, necesidad de la medida –entendida como que la prisión provisional debe ser de aplicación excepcional y subsidiaria- y motivación.

Por otra parte, RAMOS MENDEZ, F. en *Enjuiciamiento Criminal*, 10ª ed., Barcelona, 2011, desde su personal visión, al decir sobre la necesaria revisión constitucional de las medidas restrictivas de libertad a la luz del art. 17 CE mantiene que «son constitucionalmente prioritarios las fórmulas que implican una menor restricción de la libertad. No debe hacerse una aplicación indiscriminada de cualquiera de las medidas restrictivas de la libertad por el simple dato de que cumplan los presupuestos legales exigidos» sino que «debe meditarse adecuadamente la selección de la menos gravosa, de ser suficiente» (pág. 257). Refiriéndose específicamente a la prisión provisional, indica que una medida tan gravosa para los derechos de los justiciables debe respetar una serie de principios constitucionales, al objeto de prevenir el abuso de ella. Entre estas características se encuentra la proporcionalidad, entendiendo de esta manera que la prisión provisional debe configurarse como una medida fungible, es decir, sustituible por cualquier otra medida que pueda cumplir de manera satisfactoria los fines que pretende (pág. 276).

De otro lado, ASENCIO MELLADO J. M. en su Manual *Derecho Procesal Penal* ob. cit. al ocuparse de la limitación de los derechos de los justiciables durante el proceso penal entiende que la proporcionalidad es «esencial en punto a determinar la viabilidad en un concreto caso de la restricción de un derecho fundamental», comportando la proporcionalidad las siguientes exigencias, muy similares a las expuestas anteriormente: a) existencia de una imputación

En todo caso, nos parece acertada la descripción efectuada por PIÑOL RODRÍGUEZ de la función que ha venido cumpliendo el principio de proporcionalidad como carácter o elemento integrante de la prisión provisional. Según este autor, la doctrina reconoce –aunque no solo la doctrina, sino también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional – «una serie de características que han de rodear la prisión provisional, que sirven para suplir las omisiones del legislador, estableciendo parámetros que puedan seguir para guiar la aplicación de la prisión provisional dentro del respeto al marco constitucional»[279]. De manera parecida y, a nuestro juicio, igualmente acertada, resulta la afirmación de BARONA VILAR, que antes hemos recogido[280].

concreta, b) idoneidad de la medida, c) indispensabilidad de la medida, d) proporcionalidad de medio a fin, y e) motivación de la resolución que acuerde la medida restrictiva. Sin embargo, no se ocupa de la proporcionalidad al tratar de la prisión provisional (págs. 187 y ss).

Finalizando este recorrido, PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., en el Manual encabezado por PEREZ-CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Penal,* Cizur Menor, 2ª ed., 2009, pág. 398, al abordar los caracteres de la prisión provisional, señala que entre estos se encuentra el principio de proporcionalidad, el cual supone que «no es admisible que para infracciones de escaso reproche pueda acudirse a una medida de tal gravedad», debiendo emplearse aquellos medios menos onerosos que sean capaces de garantizar la eficacia del proceso, tal y como aparece recogido en el art. 502.2 LECrim.

[279] Vid. PIÑOL RODRÍGUEZ, en *Derecho Procesal Penal,* ob. cit., pág. 398. Afirmación que debe ser matizada actualmente, por cuanto, aun cuando sólo sea de manera parcial, la actual LECrim recoge en parte el principio de proporcionalidad

[280] Cfr. BARONA VILAR en *Derecho Jurisdiccional,* ob. cit., pág. 479; "Principio de proporcionalidad, presupuesto esencial", *Diario La Ley*, Madrid, 1987, pág. 846 y ss.

Creemos, por tanto, que la doctrina procesal española, en materia de prisión provisional, ha aceptado de manera general[281] el principio de proporcionalidad como un elemento o presupuesto esencial de la prisión provisional, casi como un principio omnicomprensivo que condiciona, atempera o matiza el resto de principios y toda la regulación de la prisión provisional, con el fin de resolver el conflicto que se presenta entre el derecho a la libertad personal del individuo y las necesidades ineludibles de la eficaz persecución penal[282].

Entre todas las interpretaciones sobre la importancia o lugar del principio de proporcionalidad con relación a la prisión provisional, nos parece de interés, aunque no necesariamente es compartida por nosotros, la idea de Pujadas Tortosa, según la cual la proporcionalidad no se trata de un presupuesto o característica de las medidas cautelares penales, ni siquiera un mecanismo de control de las mismas, sino que va más allá, entendiéndolo como una «exigencia asociada al ejercicio del poder, exigencia que tiende a evitar el exceso en el uso de dicho poder», debiendo ser «una exigencia más a integrar

---

[281] Así se manifiestan, por ejemplo, SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales,* ob. cit. pág. 638, que señala que «el principio de proporcionalidad funciona como el presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo Estado de derecho»; o GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid, 1990, pág. 17; o GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión provisional*, Cizur Menor, 2004, pág. 69.

[282] Cfr. BARONA VILAR, "El principio de proporcionalidad…", ob. cit., pág. 850.

en el proceso de decisión sobre el régimen cautelar necesario en el caso concreto»[283]. Sin embargo, no podemos compartir enteramente esta idea, formulada quizá desde un punto de vista más propio de la Filosofía del Derecho o la Teoría del Estado, pues entendemos que el principio de proporcionalidad despliega en relación con las medidas cautelares un doble efecto, en dos momentos diferenciados. En un momento primigenio, en este caso, sí puede considerarse como principio moderador o mecanismo de contención del poder del legislador, que deberá emplear la medida prisión provisional no de manera indiscriminada, sino limitándolo a aquellos casos y bajo aquellas circunstancias en que su uso no resulte desproporcionada, para que la legislación procesal penal sea congruente con la posición central de la libertad en nuestro ordenamiento constitucional y responda al principio *pro libértate*, asumiendo, respecto de las libertades, el brocardo latino *odiosa sunt restingenda, favorabilia sunt amplianda*[284]. En un momento posterior, una vez alumbrada la norma por el legislador, el principio de proporcionalidad deberá actuar como elemento que guíe la actuación del órgano judicial, por lo que deberá entenderse como elemento central e informador que matice la regulación y aplicación de las medidas cautelares,

[283] Vid. PUJADAS TORTOSA, *Teoría general*… ob. cit., págs. 140 a 142.

[284] Cfr. DOMINGO, R., y RODRÍGUEZ ANTOLÍN, B., *Reglas jurídicas y aforismos*, Pamplona, 2000, pág. 53, con cita de normas positivas donde se concreta y doctrina jurisprudencial.

así como un principio básico para poder examinar la actuación del órgano judicial en un Estado democrático de Derecho.

Junto al principio de proporcionalidad o, incluso, antes de él, podemos situar el acuñado y así denominado por LOZANO-HIGUERO PINTO principio de indemnidad de la tutela[285], según el cual, «la necesidad de servirse del proceso para tener razón no debe traducirse en daño para quien tiene razón». Aun cuando este principio trae origen en el proceso civil, la exigencia de que no se incremente la penosidad o el daño que puede suponer para los derechos de las partes, el proceso puede extenderse, *mutatis mutandis*, al proceso penal, en el cual la vertiente dañosa para el imputado está fuertemente acentuada. Partiendo de este presupuesto y de consuno con el principio de proporcionalidad, a fin para evitarse esa mayor penosidad innecesaria, deberá limitarse el empleo de medidas cautelares, escogiendo aquellas que sean eficaces, pero más favorables para el cautelado y sus derechos.

Definida esta posición de la proporcionalidad como característica esencial de la prisión provisional, que debe informar y matizar la legislación y su posterior aplicación, debemos examinar cómo, en el concreto ámbito de la

[285] Vid. nota 28 de este trabajo. En el ámbito procesal penal, también, en LOZANO-HIGUERO PINTO, M. (con MARCHENA GÓMEZ, M.), *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Granada, 1994, págs. 62 y 63, y nota 62, conectándolo con el llamado principio de penosidad del proceso penal.

prisión provisional, se han entendido por parte de doctrina y jurisprudencia aquellos tres elementos que daban contenido al principio de proporcionalidad.

Sin embargo, con carácter previo a este examen, surge una primera controversia, esta es, qué elementos entiende la doctrina que integran este principio. Parece existir cierto consenso sobre que el principio de proporcionalidad viene configurado por tres exigencias: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*[286]. En este mismo sentido, se pronunció la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, como ya hemos visto más arriba. Por todas ellas, podemos citar la ya reproducida STC 66/1995, F. J. 5º, pues el resto de sentencias reiteran y continúan la doctrina establecida en tal sentencia.

Sin embargo, además de estos tres elementos generalmente aceptados, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO en los dos trabajos anteriormente citados añade "presupuestos" (legalidad y justificación teleológica de la medida restrictiva de derechos) y "requisitos extrínsecos" (judicialidad y motivación de la medida cautelar) al principio de proporcionalidad. A diferencia de este autor, entendemos que quizá pueda ser innecesario y

---

[286] Véase SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y*…, ob. cit., pág. 643; PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO, "El principio de proporcionalidad y su configuración", ob. cit., págs. 294 a 296; o GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales*…, ob. cit., pág. 25 y en "El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pág. 199.

superabundante configurar principios y exigencias como las anteriores, tal que elementos accesorios al principio de proporcionalidad, cuando se trata de principios que presentan entidad suficiente por sí mismos, perfectamente diferenciados del de proporcionalidad y funcionan de manera autónoma a este último.

Entendemos por tanto que, en materia de prisión provisional, tanto el Tribunal Constitucional como la doctrina española, han aceptado de manera general el principio de proporcionalidad como un elemento o presupuesto ínsito y esencial de esta medida cautelar, casi como un principio omnicomprensivo que atempera, equilibra o matiza el resto de principios y, en general, toda la regulación de la misma, con el fin de resolver el conflicto que se presenta entre el derecho a la libertad personal del individuo y la necesidad ineludible de la eficacia en la persecución penal.

4.4. La vigencia del principio de proporcionalidad respecto de la tutela cautelar civil

Si la afirmación de la vigencia del principio de proporcionalidad respecto de las medidas cautelares restrictivas de derechos en el proceso penal se puede decir que ha sido casi unánime, puede apuntarse, en cambio, que no ha sido así en lo referido a la institución de las medidas cautelares civiles en el proceso civil, siendo, en tal ámbito, su reconocimiento dubitativo y no siempre claro.

Siguiendo así la tendencia expansiva de la aplicación del principio de proporcionalidad que señalara PEDRAZ PENALVA[287], cabría plantearnos si la operatividad del citado principio se constriñe únicamente al proceso penal, y, por tanto, debe entenderse carente de virtualidad en el proceso civil o si, por el contrario, debe desplegar plenos efectos para cualquier orden jurisdiccional, en especial, en la institución que nos ocupa, las medidas cautelares. Como veremos a continuación, partiendo de que el citado principio de proporcionalidad ha tenido su cristalización correlativa tanto en el Derecho Procesal, como en cualquier otra rama del Derecho Público en la que se producen o pueden producir limitaciones de derechos por parte de la ley o de los poderes públicos, mantenemos que la aplicación del mismo no debe circunscribirse únicamente al proceso penal y a las limitaciones de derechos que en él tienen origen. Si bien algunos autores defienden, sin duda, su relevancia en el momento de la aplicación de las medidas cautelares en el proceso civil, la afirmación de este extremo no ha sido todo lo decidida y firme que hubiese sido deseable[288].

---

[287] Para este autor, «la gran expansión del canon de proporcionalidad, verificado desde la II Guerra Mundial, tiene lugar simultáneamente con el reforzamiento y consecuente reconceptualización de los Derechos fundamentales, que dejan de ser meras afirmaciones programáticas para constituir espacios mínimos de actuación humana a respetar por todos, incluyendo particularmente al Estado» Cfr. PEDRAZ PENALVA, E., "Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad", *Constitución*…, ob. cit., pág. 341.

[288] No obstante, otros como GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "El principio de proporcionalidad…", ob. cit., págs. 191 y 192, prestan escasísima atención principio de proporcionalidad en relación con el proceso civil, centrándose casi exclusivamente en el

Como hemos adelantado, la cuestión de la vigencia del principio de proporcionalidad ya se planteó por algunos de los autores más destacados de nuestra doctrina, aunque fuera de manera implícita o tangencial. La necesidad de limitar los efectos de la tutela cautelar ya aparece en algunos de nuestros primeros y más destacados procesalistas, como PRIETO-CASTRO. El maestro granadino afirmó que el patrimonio y la esfera jurídica del que está siendo afectado por un juicio no deberían experimentar limitaciones o menoscabo hasta después de que los Tribunales digan en firme su última palabra. No obstante, reconoce la necesidad de un sistema de medidas cautelares que proteja al actor de cualquier posible maniobra que impida la efectividad de la futura sentencia. Sin embargo, esta inclusión de la tutela cautelar no significa que las legislaciones no se han puesto parcialmente al lado del supuesto acreedor, pues, como afirma él mismo, se procura que las medidas adoptadas sean las menos vejatorias y

proceso penal. Señala que los estudios sobre la proporcionalidad en nuestro país se iniciaron a finales de los ochenta, principios de los noventa, con los estudios de ORTEGA BENITO con PEDRAZ PENALVA y del propio GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, citando, a continuación, diversos estudios sobre la materia, todos ellos referidos al Derecho Procesal Penal. Sin embargo, más adelante, él mismo señala que «también en órdenes jurisdiccionales distintos del penal el principio de proporcionalidad ha sido aplicado por los tribunales, especialmente en el ámbito de los límites del derecho a la tutela judicial constituidos por los requisitos procesales condicionantes de la válida actuación procesal, aunque no exclusivamente (sic), al afectar a cualquier caso de restricción de derechos fundamentales». Empero, revisada la doctrina y jurisprudencia citada por GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO a lo largo de su trabajo, es esencialmente atinente al proceso penal y supuestos de restricción de derechos fundamentales en el seno del mismo, desde medidas cautelares personales hasta diligencias de investigación.

perjudiciales[289]. Posteriormente, han sido varios los autores que se han referido al citado principio de proporcionalidad, como VÁZQUEZ

[289] Cfr. PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L., Exposición del Derecho Procesal Civil de España, vol. II, Zaragoza, 1945, pág. 524.

SOTELO[290], CALDERÓN CUADRADO[291], RAMOS ROMEU[292] o PÉREZ DAUDÍ[293], aun de manera indirecta o tangencial, quizá con la

---

[290] Al tratar sobre el principio de la demanda y su vigencia en el ámbito de las medidas cautelares, plantea VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "La construcción del proceso cautelar en Derecho Procesal Civil español", *ob. cit.*, pág. 848, la posibilidad de que el juez limite la cautela en relación con lo pedido, concediendo una medida distinta, de menor entidad, que la solicitada, pero que sea «adecuada y suficiente para la seguridad del derecho ejercitado en la demanda». Aunque no se pronuncia expresamente a favor de la aplicación de estas dos manifestaciones del principio de proporcionalidad –adecuación y suficiencia-, sí cita a dos autores extranjeros que se manifiestan a favor de la posibilidad de conceder una medida menos gravosa que la inicialmente pedido, como PODETTI, R., *Tratado de las medidas cautelares,* 2ª ed., Buenos Aires, 1969, pág. 36, quien afirmó que «ninguna institución procesal requiere más flexibilidad que la medida cautelar, a fin de que cumpla sus fines de forma satisfactoria sin ocasionar molestias o perjuicios que puedan evitarse»; o BAUR, F., *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*, trad. Laux, Porto Alegre, 1985, págs. 102 y 103, quien entiende que, si bien el *petitum* cautelar contiene un límite máximo que ata al órgano judicial, este mismo puede acordar medidas menos gravosas o de menos entidad que las pedidas, siempre que fueran suficientes para proteger el derecho en conflicto, pero con la menor inmisión posible en los derechos del cautelado.

[291] Cfr. CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil,* Madrid, 1992, págs. 95 a 190. Al estudiar las medidas cautelares indeterminadas del art. 1428 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en el punto de determinar la clase y contenido de las medidas que podían adoptarse bajo aquel precepto, señala que las medidas deben responder a los principios de adecuación – esto es, que sean adecuadas para cumplir su función cautelar — y de necesidad –esto es, que la medida en cuestión sea imprescindible para alcanzar los fines pretendidos. Además, en la concreción de la medida el órgano judicial deberá hacer una ponderación de los intereses y derechos de la parte cautelada que puedan verse lesionados.

[292] Por su parte, RAMOS ROMEU, F., *Las medidas cautelares civiles,* Barcelona, 2006, págs. 124 a 134, partiendo de la existencia, tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional, de un derecho a la tutela cautelar, encuadra la proporcionalidad como uno de sus límites, por chocar con el propio derecho a la tutela judicial efectiva del sujeto pasivo de la medida cautelar, quien sufre actuaciones próximas u homogéneas a la ejecución, sin un previo proceso de cognición o

excepción PÉREZ-CRUZ MARTÍN[294] y PEDRAZ PENALVA[295], quienes lo reconoce abiertamente como presupuesto de las medidas cautelares para su adopción.

En otros países, la presencia de la proporcionalidad en materia cautelar aparece más arraigada. Por ejemplo, el argentino PODETTI, al tratar sobre las diferentes características de las medidas cautelares, y dentro de la nota de la mutabilidad de las mismas, defendió que «ninguna institución procesal requiere más flexibilidad que la medida cautelar, a fin de que cumpla sus

un título asimilado. Por ello, ante este conflicto de derechos, RAMOS ROMEU, entiende que el mismo ha de ser resuelto mediante la aplicación del triple filtro que supone el principio de proporcionalidad, estudiando tanto la necesidad como la adecuación y proporcionalidad *stricto sensu* de la medida, para determinar así cuando la restricción de los derechos del demandado por la posible adopción de una medida resulte excesiva. De los investigadores actuales, ha sido RAMOS ROMEU el que ha prestado mayor atención al principio de proporcionalidad, como límite al derecho a la cautela. Sin embargo, posteriormente en el capítulo 5 del citado estudio (*Las medidas cautelares…,* ob. cit., págs. 447 a 540) aborda el estudio de cada uno de los principios desde una perspectiva económica y de coste de oportunidad y riesgos, más que una delimitación jurídico-procesal del contenido de cada uno de los elementos.

[293] En su más reciente monografía, PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, ob. cit., págs. 52 y ss., incluye en uno de los caracteres de las medidas cautelares –el aseguramiento de la efectividad—, la idoneidad de la misma, basándose en el art. 726 LEC, que, en primer lugar, exige que la medida sea exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial futura y, en segundo lugar, que la misma no sea susceptible de ser sustituida por una medida menos gravosa por el sometido a cautela.

[294] Para PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Civil*, tomo II, ob. cit., pág. 546, la proporcionalidad se erige como el tercer presupuesto de las medidas cautelares, tras los clásicos de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

[295]Cfr. PEDRAZ PENALVA, E., "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., pág. 33.

fines de forma satisfactoria sin ocasionar molestias o perjuicios que puedan evitarse»[296]. Esto no deja de ser una manifestación del que se ha denominado principio de adecuación y del principio de necesidad, que, además, encontraron reflejo, como señala el autor, en los Códigos Procesales Civiles de Mendoza y Federal. En el primer caso, el código mendocino[297] prevé en su art. 112.5º que el órgano judicial podrá disponer una medida distinta a la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intenta proteger y para evitar perjuicios o vejámenes innecesarios al demandado; mientras, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su art. 204 impone que el juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla teniendo en cuenta la importancia del derecho que se pretende proteger[298].

---

[296] Vid. PODETTI, R., Tratado de las Medidas…, ob. cit., pág. 36.

[297] Este Código de Procesal Civil de la Provincia de Mendoza, Ley 2.269, de 29 de octubre de 1953, que fue elaborado gracias, entre otros, y esencialmente, a la inspiración y contribuciones del propio PODETTI puede consultarse, en su texto actualizado en

http://www.jus.mendoza.gov.ar/informacion/cpc/CPC.doc [último acceso, enero 2015].

[298] Cfr. CUADRAO, J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y concordado*, 4ª ed. (actualizada por Martínez, Óscar J.), Buenos Aires, 1987, pág. 296, que, al igual que PODETTI, asocia esta disposición con la característica de mutabilidad de las medidas cautelares.

No es la única opinión al respecto en la doctrina argentina. Cfr. GOZAÍNI, O. A., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Vol. 2, Buenos Aires, 1992, págs. 819 y ss., entiende la discrecionalidad como un elemento o característica adicional de las medidas cautelares y, dentro de ella,

Como bien señala en su obra CALDERÓN CUADRADO[299], la legislación y doctrina italianas también se han ocupado de la cuestión de la idoneidad o adecuación de las medidas cautelares en el proceso civil[300]. Legislativamente, la referencia la encontramos en el art. 700 del Codice de Procedura Civile, en parte similar al antiguo art. 1428 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Tras regular algunas medidas concretas, el citado precepto permite solicitar aquellas medidas «più idonei ad adsicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito». Precisa PROTO PISANI[301] que el principio de necesidad es el límite que debe observar el juez al concretar la medida final dentro de este poder genérico de cautela.

---

encuadra notas propias del principio de proporcionalidad, cuando señala que «la libertad para decidir se da en los dos planos […] de la seguridad del justiciable y de la eficacia del servicio jurisdiccional. Por tanto, la directriz que encomienda este principio admite que las medidas cautelares que se requieren deben ajustarse a sus límites precisos, sin ocasionar más daños innecesarios a la contraparte, y preservando la materialización de la ejecución en el supuesto hipotético que fuera necesaria». Se apoya esta afirmación en el citado art. 204, del Código Federal, entendiendo que «el fundamento de estas facultades radica en evitar que las medidas cautelares sean fomento de actitudes extorsivas, o abusivas, sin perjuicio de la flexibilidad que pondera el uso adecuado de cada una de las precautorias» (pág. 820).

[299] Cfr. CALDERÓN CUADRADO*, Las medidas…,* ob. cit., págs. 153 y 154.

[300] En general, sobre la repercusión del principio de proporcionalidad en el proceso civil, centrándose en el balance entre derechos individuales e intereses de la colectividad, el abuso del proceso o las *class actions*, aunque sin realizar expresa referencia a las medidas cautelares, vid. CAPONI, R., "Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche", *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 1, 2011, pág. 389 y ss.

[301] Vid. PROTO PISANI, A., *Lezioni di Diritto processuale civile*, Napoli, 1996, pág. 702.: «il contento del provvedimento ex art. 700 è individuato unicamente sulla base delle sia idonità ad assicurare, secondo la circostanze, provvisoriamente, gli effetti della decisione sul merito». El

Sin embargo, contrastando con la parquedad de la doctrina y la jurisprudencia españolas sobre la vigencia del principio de proporcionalidad en las medidas cautelares en el proceso civil, la cuestión sí se ha suscitado en el ámbito de las medidas cautelares civiles dentro del proceso penal. Como es sabido, en el proceso penal pueden adoptarse medidas cautelares de carácter real, como señala el art. 589 LECrim, para «asegurar las responsabilidades pecuniarias que puedan declarase procedentes», que pueden ser de naturaleza penal o, y este es el punto que interesa a nuestra idea, civil, derivadas del ejercicio de la acción civil por delito (art. 111 LECrim). Estas últimas, por tanto, aunque adoptadas en el seno de un proceso penal, no dejan de ser medidas de contenido meramente civil para asegurar responsabilidades de naturaleza civil, *ex delicto,* pero civil. En este caso, un sector doctrinal ha estudiado las citadas medidas entendiendo el principio de proporcionalidad como un criterio a tomar en cuenta en la adopción de medidas cautelares reales en el proceso civil[302].

propio PROTO PISANI, "Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile", *Rivista di Diritto Civile*, núm. 2, 1987, págs. 122 y 123, al discutir sobre la conveniencia de un sistema de tutela cautelar totalmente atípico, considera, como uno de los defectos que desaconsejan este sistema, el excesivo poder discrecional que se concede al juez, que deberá realizar una «valutazione comparativa tra il danno che subirebbe l'istante dalla mancata concessione del provvedimento cautelare e il danno che subirebbe la contraparte dalla sua concesione».

[302] Vid. ARANGÜENA FANEGO, C., *Teoría general de las medidas cautelares reales*… ob. cit., págs. 141 y ss. No obstante, se plantean dudas, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el principio de proporcionalidad en aquel momento, acerca

4.5. Manifestaciones y proyecciones del principio de proporcionalidad en la normativa procesal civil

Cabe en este punto interrogarse si las normas procesales civiles españolas contienen referencias al citado principio de proporcionalidad. En efecto, aun sin llegar a mencionarlo de manera expresa, podemos afirmar que en varios preceptos encontramos rastros y vestigios del principio de proporcionalidad.

En primer lugar, el precepto que abre la regulación de las medidas cautelares (art. 721.1), al exigir la necesidad de instancia de parte, señala que esa misma que insta podrá solicitar las medidas que entienda necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la futura sentencia[303].

Por otro lado, al enumerar las características de las medidas cautelares que el tribunal puede acordar, el art. 726.1.1º exige que estas sean exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria,

---

la posibilidad de que la adopción de medidas cautelares reales desproporcionadas pudiera debatirse en amparo ante el Alto Tribunal.

[303] La exigencia de necesidad en la medida adoptada ya aparecía en la regulación del antiguo art. 1428. Como señala SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Teoría general de las medidas cautelares" en SERRA DOMÍNGUEZ, M. y RAMOS MÉNDEZ, F., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, pág. 68: «la necesidad de la medida cautelar impone su interpretación restrictiva, concediéndose sólo cuando sea evidente el peligro en la demora».

expresión esta que puede verse como un reflejo del principio de adecuación o idoneidad, como el anteriormente referido del art. 721.1 LEC.

La siguiente característica, señalada por el art. 726.1.2º LEC, requiere que la medida solicitada no sea sustituible por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa o perjudicial para el demandado; siendo esta acotada característica reflejo del segundo de los subprincipios en los que la doctrina viene descomponiendo el principio de proporcionalidad: el principio de necesidad.

Novedosamente, en lo que respecta a la regulación general de las medidas cautelares, al terminar la enumeración de las específicas medidas que pueden adoptarse, se cierra la lista creando un sistema de *numerus apertus*, donde se concede cierta libertad al juez para adaptar cualesquiera medida, aunque no esté expresamente reflejada, en el listado del propio artículo 727 o en otro texto legal, «que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia que recayere en el juicio»[304].

[304] Sobre la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su art. 1428, previo a la reforma de 1984 (o Novela, como dice canónicamente) disponía una cláusula general sobre medidas cautelares atípicas, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado…,* t. II, pág. 876, señala que en el mismo «cabían todas las combinaciones y toda fantasía jurídica: medidas ya existentes en la Ley, puras o mezcladas; las más absurdas, con tal de que fuesen conducentes», expresión esta que puede entenderse como similar a la exigencia de adecuación o idoneidad de las medidas cautelares.

Por último, al ocuparse de la caución sustitutoria, el art. 746.2, para decidir sobre el otorgamiento, o no, de la misma, dice que se deberá atender por el órgano judicial, entre otros elementos, a si la medida cautelar habría de restringir o dificultar la actividad patrimonial o económica del demandado de modo grave y desproporcionado respecto del aseguramiento que aquella medida representaría para el solicitante. Esta previsión normativa es, sin duda, a nuestro ver, un reflejo del principio de proporcionalidad en sentido estricto, al exigir del tribunal, en la adopción de la medida, la ponderación entre los derechos sacrificados a una parte en favor de otra.

En comparación, sí resulta más expresiva la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando se refiere a alguna de las medidas concretas que pueden adoptarse. Al señalar el embargo preventivo como una de las medidas cautelares posibles, fuera de los casos en los que se emplee para asegurar sentencias de condena de entrega de cosa cierta, podrá adoptarse por parte del órgano judicial si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad[305] para el demandado (art. 727.1º, pár. 2)[306]. Pueden verse aquí recogidos, por tanto, no solo el principio de

[305] Cfr. MONTES REIG, L., "Sobre el embargo preventivo de bienes", *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2006, pág. 502, afirma que esta previsión supone una novedad, puesto que «la antigua LEC no contemplaba expresamente que debiera ser, en ningún (sic, en su lugar, entiéndase todo) caso, la medida de menor lesividad para el demandado entre las posibles»

[306] Entiende PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, ob. cit., pág. 61, que la prohibición de adoptar medidas excesivamente perjudiciales para el afectado por la misma

adecuación o necesidad, sino también el de exigibilidad, aunque se omite el de proporcionalidad en sentido estricto[307].

Pero, además de estos vestigios más obvios o evidentes, entendemos que la característica de la modificabilidad[308] –o cláusula *rebus sic stantibus*-- de las medidas cautelares recogida en el art. 743 LEC puede entenderse también bajo el prisma del principio de proporcionalidad. La LEC permite que el órgano judicial, a instancia de parte, modifique las medidas inicialmente adoptadas, si hubiese nuevos hechos y circunstancias que influyan sobre los presupuestos que justifican la medida[309]. Decimos que esta misma previsión

---

cuando puedan sustituirse por otras menos gravosas supone que «el legislador refuerza el carácter instrumental de las medidas e intenta evitar un uso fraudulento de las mismas».

[307] Esta previsión trae causa, en cierta medida, de la necesidad de prudencia en el órgano judicial en la adopción de la medida de embargo, como bien señaló CHIOVENDA, G., *Instituciones del proceso civil*, vol. I, trad. Gómez Orbaneja, Madrid, 1936, pág. 301: «la necesaria indeterminación de las condiciones del embargo conservativo hace de manera que en esta resolución tenga especial importancia la prudencia y la apreciación del magistrado en el caso concreto».

[308] La posibilidad de modificación de las medidas cautelares una vez adoptadas está contenida dentro de una de las características que buena parte de la doctrina ha entendido como esencial de este tipo de tutela: la temporalidad. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, "Teoría general…", ob. cit., pág. 17: «la duración temporal de las medidas cautelares entraña implícitamente su posible modificación por variación de los presupuestos que se tuvieron en cuenta para acordarlas».

[309] Cfr. ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares…*, ob. cit., Madrid, 2006, pág. 316 señala que «la variación a considerar debe referirse a los hechos y circunstancias que rodean a los presupuestos en virtud de los cuales se fundamenta la pretensión cautelar». Si entendemos la proporcionalidad como presupuesto, como así afirmamos más adelante, no tendremos ningún problema para aceptar que cualquier hecho que altere la misma justificará la modificación de las medidas cautelares.

puede interpretarse también desde la proporcionalidad, que deberá mantenerse constante durante toda la duración de la medida cautelar, por lo que, si en algún momento la misma deja de ser proporcionada, por un cambio en los hechos sobre los que se fundamentan los requisitos de la medida, la misma deberá ser modificada en lo necesario para volver a mantener ese equilibrio entre los derechos de las partes litigiosas. Si el principio de proporcionalidad, en última instancia, sirve para depurar y lograr una mayor justicia en cada caso concreto, cualquier mutación subjetiva, objetiva o formal que tenga incidencia en las partes, tendrá que suponer una revisión o cambio en las medidas, siendo necesario en todo momento su adaptabilidad, para respetar la necesaria proporcionalidad, concordándose, así, con la máxima *rebus sic stantibus* o de revisabilidad constante, que informa la tutela cautelar (art. 726.2 LEC).

Como podemos comprobar, la legislación positiva requiere, en determinados momentos, que las medidas cumplan con algunos de los criterios que comúnmente se incluyen dentro del principio de proporcionalidad, en especial la adecuación o idoneidad y la necesidad de la medida. Se observa cómo, siquiera de una manera fragmentaria, la LEC recoge algunos de los elementos propios del principio de proporcionalidad, aunque sin llegar a señalar el mismo como un elemento esencial, característica o requisito de las medidas cautelares que deba ponderarse de manera sistemática y autónoma en la adopción de ellas, además de consignarse en las solicitudes previas.

Las manifestaciones de la proporcionalidad –o, al menos, de alguno de sus subprincipios— están presentes no solo en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también en algunas de las disposiciones de carácter procesal que podemos encontrar en leyes sustantivas. Por ejemplo, la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de invención y modelos de utilidad en su art. 63, al referirse a las acciones a disposición del titular de un derecho de patente que vea el mismo violado, enumera entre ellas la posibilidad de adoptar medidas cautelares, exigiendo que sean necesarias para evitar que continúe la violación[310]. Previsiones similares pueden encontrarse en otras normas como la Ley 17/2001, de 7 de diciembre de marcas (art. 41.1.c) o el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDLeg. 1/1996, de 12 de abril, art. 141).

En definitiva, atendiendo la situación anteriormente expuesta, desde un enfoque neogarantista, entendemos que lo más adecuado sería engarzar la proporcionalidad como un requisito o presupuesto, e incluso condición y efecto[311], de las medidas cautelares, junto al *fumus boni iuris*, el *periculum in*

---

[310] Sobre las medidas cautelares en los procesos de propiedad industrial, vid., fundamentalmente, PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, ob. cit., quien entiende que «la medida debe ser idónea para asegurar la pretensión» (pág. 311)

[311] Sobre el concepto de presupuesto, reiteramos y adicionamos lo anotado sobre la base de GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Madrid, 1943, pág. 683, «entendemos por presupuesto aquella circunstancia o conjunto de circunstancias que deben darse en un acto para que produzca todos y solos los efectos a los que normalmente va

mora, así como el principio o iniciativa de parte, dentro de la visión compleja representada por el debido proceso cautelar, extensión a esta tutela de la idea del debido proceso. No puede decirse que estamos ante tal garantía sin que la proporcionalidad sea un requisito sine qua non para la adopción de cualquier medida, atemperando el rigorismo derivado de excesos tanto en la iniciativa de las partes como en el otorgamiento de la cautela por parte del órgano (en tal sentido, podría encontrarse apoyatura, *mutatis mutandis*, en el cuarto elemento de la tetralogía que citamos en páginas anteriores: desproporción por rigorismo o formalismo excesivo a que se refiere algunos pronunciamientos STC 148/2016, 19 de septiembre, FJ 3).

---

destinado; en este sentido, los presupuestos de un acto equivalen a sus requisitos, exigencias o condiciones en sentido impropio». Precisando más sobre este concepto, señala que «una noción más restringida del presupuesto o la condición es la que ve en ellos la exigencia de que a un determinado acto precedan (presupuestos) o sigan (condiciones) otros acaecimientos de los que depende la eficacia del acto en cuestión; construcción que tiene singular interés dentro del proceso que se concibe como una serie o sucesión de actos cada uno de los cuales supone el anterior y da lugar al siguiente. Entendidos en este sentido, el presupuesto y la condición se diferencian de los simples requisitos definidos anteriormente; […] y determinan mediante su existencia o inexistencia la eficacia de los actos posteriores o anteriores al presupuesto o a la condición» (págs. 683 y 684). La proporcionalidad, pues, queda de ese modo incluida en la teoría de la actividad procesal, pero no se ciñe únicamente a este campo de la teoría general del procedimiento, sino que constituye e integra un ámbito institucional y garantista más elevado, que vertebra y da vida a todo el procedimiento. En particular, sobre la expansión de la institución procedimental, FAZZALARI, E., "Processo (Teoria general)", *Novissimo Digesto Italiano,* vol. XIII, 3ª ed., Torino, 1981, págs. 1069 y ss. Desde una perspectiva garantista y comparatística, delimitando correctamente la evolución histórica y la expansión de la noción de procedimiento, DENTI, V., *La giustizia civile,* Bologna, 1989, págs. 11 a 73 y 151 y ss.

Dos ulteriores cuestiones queremos suscitar en torno a la proporcionalidad y su posibilidad técnica y práctica como requisito o elemento moderador en la adopción de medidas cautelares en la legislación procesal civil.

4.5.1. Congruencia y proporcionalidad en las resoluciones cautelares.

En primer lugar, cabe plantearse si la aplicación práctica del principio de proporcionalidad podría llevarnos, en algún caso, a la adopción de medidas cautelares diferentes a las solicitadas por las partes: supongamos el caso de que la medida solicitada es entendida como desproporcionada por parte del órgano judicial y este sostiene una medida que no ha sido solicitada por las partes pero que es adecuada e idónea para la protección de los derechos del solicitante.

Aunque alguna doctrina extranjera[312] parece aceptar esta posibilidad[313], sectores doctrinales de nuestro país[314] parecen rechazar esta situación. Como bien señala ORTELLS RAMOS[315], el deber de congruencia sujeta al tribunal en la resolución cautelar *ex* arts. 721.2 y 216 LEC, por lo que no puede concederse una medida basada en hechos y circunstancias distintos de aquellos que el solicitante hubiese alegado como presupuestos de la misma. Sin embargo, una concepción en exceso rigurosa de la congruencia podría impedir la adopción de una medida menos rigurosa, pues si no pueden concederse unos determinados efectos jurídicos por no cumplir los

---

[312] Ya señalamos, en nota antecedente, las posiciones de RAMIRO PODETTI y FRITZ BAUR a favor de que el juez adoptase una medida diferente y menos gravosa si esta es suficiente para la protección del derecho, esto es, meliorativa respecto de la interesada, y apropiada a la finalidad tutelable.

[313] Entre nuestros autores más tradicionales, MANRESA Y NAVARRO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo VI, 7ª ed., Madrid, 1957 se decanta a favor de una libertad amplísima del juez para elegir la medida precautoria más adecuada, dentro de las disponibles en el art. 1428 de la antigua LEC: «queda, pues, el juez autorizado para decretar a dicho fin las medidas que proponga el demandante, o las que él estime más conducentes y menos vejatorias» (págs. 331 y 332), por lo que «el juez debe decretar la medida solicitada, si la estima procedente, o la que considere menos vejatoria para el demandado, que conduzca al mismo objeto» (pág. 333).

[314] En Italia, vid. SALVANESCHI, L., "La domanda e il procedimento", en TARZIA, G. y SALETTI, A., (Dirs.), *Il processo cautelare*, Padova, 2011, pags. 402 a 407: «per quanto riguarda il problema dell' imperatività del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciamiento ocorre dunque adererie alla soluzione che impone che l' attivcità e la pronuncia del giudice cautelare abbiano come punto di riferimento la domanda della parte ed a questa corrisponda quindi il contenuto della misura concessa»

[315] Cfr. ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, Madrid, 2000, págs. 310 y 311

requisitos legales, deberá desestimarse la pretensión, y no conceder unos efectos distintos. Por ello, entiende el citado autor que la disposición del art. 726.1.2º LEC atempera esta exigencia de congruencia, debiendo ponderarse la incidencia de la medida en la esfera del demandado.

Recientemente[316], por ejemplo ORTIZ PRADILLO, al tratar de la congruencia en la decisión judicial de las medidas cautelares, pero sin tocar la cuestión de la proporcionalidad, entiende que la adopción de una medida distinta pero menos gravosa de la solicitada supondría una vulneración de

---

[316] Con anterioridad, se ocuparon de este extremo, por ejemplo, PÉREZ DAUDÍ o CALDERÓN CUADRADO.

En el caso de PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en los procesos de propiedad industrial*, ob. cit., págs. 312-314, señala acertadamente la existencia de dos situaciones que podrían resultarnos problemáticas en cuanto a la congruencia. En primer lugar, cabría plantearse que la medida sea cualitativamente idéntica, pero cuantitativamente inferior a la solicitada, supuesto en el que será congruente, siempre que la cantidad se halle en los márgenes que hubieran fijado las partes en sus alegaciones. En segundo lugar, está el supuesto, más complejo, de que la medida sea de cualitativamente distinta a la pedida. Para este caso, concluye este autor que puede ser congruente el auto que acuerde medidas inferiores y distintas, siempre que la medida finalmente adoptada esté contenida, al menos de manera implícita, en las peticiones de las partes, por lo que el órgano podrá adoptar una medida de menor injerencia, pero que esté incluida entre las pedidas del solicitante (v.gr. una intervención judicial de bienes litigiosos cuando se pide una medida de administración judicial).

Por su parte, CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas*…, ob. cit., pág. 250-252, siempre en el contexto de las medidas cautelares indeterminadas del antiguo art. 1428, entiende que «sí se violaría el requisito de la congruencia cuando el órgano jurisdiccional o bien no se pronuncia sobre la medida solicitada […] o bien, aun pronunciándose sobre ella, lo es a los meros efectos de su desestimación para otorgar a continuación una tutela cautelar distinta de la pretendida en base no sólo a preceptos diversos, sino también con presupuesto o procedimientos totalmente diferentes».

los principios de audiencia y contradicción, si no se diera previa audiencia a las partes para informar sobre tal intención y que pudieran alegar lo que a su derecho interesase, y una decisión en ese sentido podría ser impugnada con éxito por las dos partes[317].

Más compleja resulta la apreciación de CORDÓN MORENO[318] al respecto. Este arranca del reconocimiento de la proporcionalidad como característica de las medidas cautelares, derivada de los artículos que arriba hemos citado, del cual partiría la posibilidad de variación de la medida solicitada. Por otra parte, las medidas cautelares, como el proceso civil, deben regirse por el principio dispositivo, siendo necesaria la instancia de parte y estando prohibida su adopción *ex officio* (art. 721.1). Sin embargo, la propia norma explicita que el tribunal no podrá conceder medidas más gravosas de las solicitadas (art. 721.2), pero nada dice sobre la adopción de medidas de menor intensidad (meliorativamente, por tanto, añadimos). Por tanto, interpretado de conjunto este artículo con el mandato del art. 726.2º de sustituir la medida por aquella menos gravosa pero igual de efectiva, podría decirse que, vinculado por el principio de proporcionalidad, el juez puede sustituir la medida solicitada por una menos gravosa pero no instada. Sin

---

[317] Cfr. ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares*…, ob. cit., págs. 226 y 227.

[318] Vid. CORDÓN MORENO, F., "Principio de proporcionalidad y congruencia de la resolución que adopta las medidas cautelares", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 674, 2005, págs. 1-5.

embargo, no resulta tan sencilla la cuestión, pues deben tenerse en cuenta además los principios de contradicción, defensa y congruencia. Al sopesar los mismos, entiende CORDÓN que será posible la adopción de medidas diferentes si la causa de pedir, los hechos en que se haya fundamentado la petición cautelar –que habrán sido debatidos en un contradictorio—, son idénticos en la medida nueva. Esto es, será posible esa medida diferente y menos gravosa si, respetando el deber de congruencia, se mantiene dentro del debate sostenido entre las partes, no extralimitándose en las peticiones realizadas por el demandante. Podrá entenderse que los presupuestos de una medida menos gravosa pueden quedar consumidos por estar contenidos en los de una medida de mayor entidad.

En nuestra opinión, afirmar la vigencia del principio de proporcionalidad como uno de los requisitos para la adopción de medidas cautelares no puede suponer un desconocimiento o postergación del resto de los principios que rigen el proceso civil. Contemplar la decisión de la adopción de las medidas cautelares únicamente desde el punto de vista estricto de la proporcionalidad puede conducirnos a ignorar la necesidad de la congruencia entre la resolución cautelar y el *petitum* de las partes, necesidad que aparece anclada en principios tan esenciales como el dispositivo y los de defensa, audiencia y de contradicción[319]. En definitiva, hemos de aceptar que la exigencia de

[319] Sobre el fundamento del principio de congruencia, Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Incongruencia civil y penal", en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, págs. 395 a 397:

congruencia puede ser atemperada o moderada por el principio de proporcionalidad, permitiendo al órgano jurisdiccional adoptar medidas de menor gravamen (meliorativas) que las solicitadas, pero ha de posibilitar una audiencia, previa a la adopción efectiva o potencial, a las partes sobre el cambio jurídico postulado *ex officio*.

4.5.2. La infracción del principio de proporcionalidad y sus consecuencias.

La segunda de las cuestiones que queremos plantear es si sería posible la interposición de un recurso de amparo cuando una medida cautelar fuera adoptada con absoluta preterición o desprecio por el principio de proporcionalidad. Al examinar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de proporcionalidad en la limitación de los derechos, encontramos una advertencia inicial en cuanto a su posible ámbito de aplicación. Así, en la STC 55/1996 (Sentencia de 26 de marzo de 1996, Pleno), en su F. J. 3º, se afirmaba que «el principio de proporcionalidad no constituye […] un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales», de manera que nos encontramos ante «un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales […] y, como tal,

«nuestra opinión es que la congruencia no puede fundarse en un principio determinado, sino que por al contrario descansa en todos los principios que informan el proceso. En el proceso civil, de todos estos principios destacan a los efectos de la congruencia, los principios dispositivo y de contradicción».

opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales». En conclusión, el TC no admite una alegación aislada del principio de proporcionalidad, sino que se requiere la conexión con otro precepto constitucional, amparable *per se*.

La conclusión es, por tanto, paladina: o la vulneración aparece asociada a un derecho fundamental o no podrá ser apreciada autónomamente. Entendemos que, en nuestro caso, una medida desproporcionada podría ser vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), vinculando, así, este principio al art. 120.3 CE (motivación) y al 9.3 CE (interdicción de la arbitrariedad) con el 24.1 en relación con la garantía implícita de irrazonabilidad (STC 148/2016, 19 de septiembre). Y así podría llegar a verse, por cuanto uno de los derechos que entiende el Tribunal Constitucional incluidos en este derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de obtener una resolución motivada, razonada y fundada en Derecho que, en palabras del propio Tribunal Constitucional, supone que «es precisa "una fundamentación en Derecho"; es decir, que en la propia resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideren adecuadas al caso. La jurisprudencia constitucional ha precisado que una aplicación de la legalidad que fuese arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, no podría considerarse fundada en Derecho y sería lesiva del derecho a la tutela judicial» (STC 112/1996, Sala Segunda, de 24 de junio de 1996, F. J. 2).

Una resolución de otorgamiento de medidas cautelares que desconoce este principio, central en un Estado de Derecho, en palabras del propio Tribunal sería, a nuestro modesto entender, una resolución arbitraria e irrazonable, vulneradora, por tanto, del derecho a la tutela judicial efectiva y recurrible en amparo (art. 24.1, 120.3 y 9.3 CE, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos).

4.6. La aplicación del principio de proporcionalidad en tutela cautelar civil por parte de los tribunales

Confrontado con este panorama legislativo, alguna jurisprudencia *menor* o *pequeña*, proveniente esencialmente de las Audiencias Provinciales, ha acogido con mayor o menor acierto el principio de proporcionalidad en la adopción de medidas cautelares[320]. No obstante, han sido muy dispares en el encuadramiento sistemático, concepción e inteligencia del citado principio.

[320] Señala MALANDRICH MIRET, N., "La adopción de medidas cautelares en los Juzgados de Instancia. Un estudio empírico", *Diario La Ley*, núm. 2012, 30 de enero de 2013, al analizar los patrones de decisión de los juzgados sobre las peticiones de medidas, que un 67% de las peticiones de medidas cautelares atípicas son desestimadas por los juzgados de primera instancia, en buena parte porque «la formulación de esta medida cautelar resulta tan compleja que cuando se analiza con detalle puede observarse cómo la misma no reviste la necesaria relación de idoneidad con la pretensión principal».

4.6.1. La proporcionalidad como característica de las medidas cautelares

En un primer grupo de resoluciones judiciales, encontramos la proporcionalidad entendida en un sentido muy concreto, invocada desde la ya mencionada previsión del art. 726 LEC, como característica de las medidas cautelares: «por último, no tanto como presupuesto, sino más bien como característica de las medidas cautelares, es preciso que éstas respondan a la proporcionalidad entre la finalidad perseguida y los perjuicios que puedan derivarse de su adopción (artículo 726 LEC)» (Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña, Auto de 20 de diciembre de 2013, núm. 121/2013). Sin embargo, no extrae la citada resolución ulteriores consecuencias o reflexiones de esta calificación tan apegada al texto legislativo.

En esta línea, encontramos resoluciones que acuden a la proporcionalidad, *stricto sensu*, para evaluar la adopción o denegación de una medida concreta. Por ejemplo, en Auto de 17 de octubre de 2008, la Audiencia Provincial de Madrid (sección 9ª, recurso núm. 556/2008), partiendo de la proporcionalidad como característica de la medida cautelar, *ex* art. 726 LEC –aunque como sabemos este solo plantea la nota de la exigibilidad— rechaza la traba mediante un embargo preventivo, al entender que «no siendo dicha medida cautelar proporcional a la deuda que se pretende garantizar, y el carácter excesivo de dicha medida», esta no puede ser adoptada. Esto es, en este caso, se entiende la proporcionalidad como un

juicio de ponderación entre los bienes que se tratan de garantizar y los que se van a sacrificar, rechazando la petición por suponer un sacrificio excesivo y desproporcionado, en sentido estricto.

En un sentido muy similar, el Auto de 19 de febrero de 2009 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (sección 3ª, recurso 4/2009), hace un empleo parejo a la anterior resolución citada de la Audiencia Provincial de Madrid, aunque en este caso citando los elementos de necesidad y adecuación recogidos en los arts. 721 y 726 LEC, rechazando la falta de proporcionalidad en sentido estricto, por no acreditar la parte perjudicada cuál era el valor del elemento embargado.

4.6.2. La proporcionalidad como requisito de las medidas cautelares

En algunos otros casos, se ha concebido el principio de proporcionalidad como un elemento integrado en el requisito[321]. del peligro por mora procesal del art. 728 LEC.

Ad exemplum, el Auto de 12 de agosto de 2004 de la Audiencia Provincial de Soria (recurso núm. 172/2004, Fundamento Jurídico 3º), confirma la denegación en la instancia de unas medidas cautelares solicitadas por el demandante, entendiendo que «no se ha acreditado el riesgo de mora

[321] Cfr. PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, ob. cit. págs. 52-64, donde recoge más pronunciamientos de Audiencias Provinciales en los que se aplican los principios de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto para admitir o denegar medidas solicitadas.

procesal, […] y en consecuencia no se ha justificado la necesidad y proporcionalidad de las medidas cautelares solicitadas» y que «no existe dato en el que permita realizar un juicio de valor sobre la necesidad, proporcionalidad y adecuación de las medidas», con cita del art. 728 LEC. En este caso queda, por tanto, residenciado el control de la proporcionalidad de la medida dentro del requisito del *periculum in mora*, contenido en el ante citado art. 728[322]. Por ello, en este supuesto, se trata el principio de proporcionalidad como un elemento de control judicial de la solicitud de medidas cautelares, residenciándolo junto a, o, mejor dicho, dentro de los requisitos clásicos –*periculum* y *fumus*– de las medidas cautelares.

Posteriormente, la propia Audiencia Provincial de Madrid (auto de 11 de junio de 2010, sección 11ª, recurso 46/2010), sin llegar a examinar los elementos o las medidas concretas adoptadas desde el perfil de la proporcionalidad, incluye esta entre los requisitos, en su opinión, pacíficamente exigidos, «que pueden sintetizarse, en la existencia de una situación jurídica tutelable, la verosimilitud del derecho que se ejercita –*fumus boni iuris*–; la expectativa de un daño inmediato o de difícil reparación, o la existencia del riesgo de que la ejecución se vea comprometida –*periculum in mora*–; la temporalidad y proporcionalidad de la medida y, por último, la exigencia de fianza, en su caso» (FJ 2º, *in fine*).

---

[322] En este sentido, la Sentencia sitúa el principio de proporcionalidad en una posición muy cercana a la de RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares*… ob. cit., págs. 421-540.

Por último, la Audiencia Provincial de Zamora, en Auto de 18 de julio de 2013 (Sección 1ª, recurso 140/2013), ante la petición de medidas cautelares, indica que el Tribunal deberá decidir «partiendo de la solicitud formulada, ajustándose a los criterios que la configuran conforme a la LEC y, por tanto, a su adecuación al contenido de la pretensión deducida o deducible en el proceso principal - dado su carácter instrumental–, y a la debida proporcionalidad entre la finalidad perseguida y la afectación que produzca en los bienes y derechos del demandado» (FJ, 3º). No obstante, pese a esta proclamación, el tribunal no entrará a examinar el anterior requisito, puesto que se produjo una falta sobrevenida del objeto de la pretensión, al llevarse a cabo con anterioridad la actuación que se interesaba paralizar.

Por el contrario, en algunas ocasiones, al ponderar la adopción de medidas cautelares solicitadas los órganos judiciales obvian de forma absoluta cualquier referencia al juicio de proporcionalidad. Un ejemplo manifiesto de lo anterior lo podemos encontrar en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid de 19 de diciembre de 2014. El mismo concede al solicitante todas y cada una de las medidas solicitadas, impidiendo cualquier tipo de actuación mercantil de la contraparte en todo el territorio nacional, sin que, además, la misma pudiese alegar nada en aquel mismo momento, pues fueron adoptadas *inaudita altera pars*, conforme a lo dispuesto en el art. 733.2 LEC. Entendemos que la radicalidad y gravosidad de la medida, así como el hecho de que se adopte sin contradicción, al menos *ab initio*, deberían ser motivos suficientes para que el órgano judicial hubiese

sopesado, a la luz del principio de igual tenor, si la medida adoptada era ajustada y necesaria para alcanzar el fin pretendido –desde luego lo era–, si era adecuada no habiendo ninguna otra menos gravosa disponible –juicio que no realiza en ningún momento el órgano de instancia— y, por último, el nivel de restricción de derechos a la contraparte y su proporcionalidad –que tampoco es analizado–, llevando la medida adoptada a que la mercantil afectada abandonase su actividad en nuestro país.

4.7. Consideraciones finales sobre la proporcionalidad y la tutela cautelar civil

A modo de reflexiones reasuntivas de lo expuesto, podemos decir que el principio o máxima de proporcionalidad aparece como un canon o criterio, plenamente establecido y reconocido en nuestro Derecho, cual elemento atemperador en la restricción de los derechos fundamentales, muy próximo y unido a otros principios de más amplio alcance como el de razonabilidad. En su contenido podemos distinguir tres elementos: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Su traslación al Derecho Procesal ha sido ineluctable, y se reconoce tanto en lo legislativo como en lo jurisprudencial y doctrinal: aparece, pues, como un elemento o nota fundamental en la adopción de medidas restrictivas de derechos, en especial, en las medidas cautelares personales, ínsito al contenido esencial de la medida adoptable. Sin embargo, el reconocimiento de su aplicación a

las medidas cautelares civiles por parte de nuestra doctrina ha sido tímido y no siempre expreso, aunque en los últimos años parece aumentar la tendencia a su aceptación e integración en los caracteres de las medidas cautelares civiles. En sentido similar, su plasmación legislativa es fragmentaria y no totalmente clara. Aun así, podemos encontrar restos o vestigios de los tres elementos que forman el mismo a lo largo de la regulación general de las medidas cautelares, en especial, en el art. 726 LEC. En nuestra opinión, estamos ante un presupuesto no explicitado, ni legislativa ni doctrinalmente, caracterizador de toda medida cautelar, por lo que procederá la impugnación de la misma cuando sea inobservado o vulnerado. En definitiva, la proporcionalidad operaría procesalmente como un presupuesto de validez de la resolución cautelar de fondo, condicionando la eficacia de mérito.

Como cuestiones prácticas de su aplicación cual presupuesto para la adopción de medidas cautelares podemos señalar dos extremos. En primer lugar, el principio de proporcionalidad puede justificar la concesión de medidas cautelares más débiles o menos inmisivas de las solicitadas, si estas son suficientes; o incluso distintas, siempre que respondan a la misma causa de pedir que las originariamente solicitadas. En caso contrario, se vulnerarían los principios de contradicción, audiencia y defensa. En segundo lugar, cabría plantearse la posibilidad de recurrir en amparo, con fundamento en el art. 24.1, 120.3 y 9.3 CE, por encontrarnos ante una

resolución irrazonable, cuando la decisión de adopción de medidas desconozca o se aparte del principio de proporcionalidad.

CAPÍTULO IV. LAS NUEVAS FORMAS DE TUTELA: LA TUTELA ANTICIPATORIA UN PASO MÁS ALLÁ EN EL DEBIDO PROCESO CAUTELAR

1. LAS CRECIENTES NECESIDADES DE TUTELAS URGENTES

La concepción y configuración de la tutela cautelar ha sufrido, en los últimos veinte años, una sustancial evolución o transformación, impulsada esencialmente desde la doctrina iberoamericana, con las legislaciones brasileña y argentinas como puntas de lanza de esta corriente de pensamiento que, en las siguientes páginas, tratamos de analizar.

El giro producido ha sido en el sentido de intentar, mediante la tutela cautelar o instituciones afines a la misma, dar satisfacción, adelantándose a la decisión final, a las pretensiones del actor. Desde luego, este planteamiento supone una quiebra de la idea clásica de la tutela cautelar como una forma de actuación judicial de aseguramiento de los posibles y futuros pronunciamientos del proceso. Una función caracterizada, según la doctrina dominante, por la nota de instrumentalidad: esto es, la tutela cautelar no es un fin en sí misma, sino que sirve de instrumento a un proceso principal para garantizar su eficacia.

Con esta nueva concepción, que se ha venido manifestando en una serie de medidas, denominadas algunas como *anticipatorias* y otras como

autosatisfactivas, se rompe, en nuestra opinión, con muchas de las notas y caracteres esenciales de la configuración tradicional de la tutela cautelar[323], ignorando ideas fundamentales de la tutela cautelar como la instrumentalidad o la provisionalidad[324]. Desde otro punto de vista, mediante estas nuevas formas de tutela es posible que, en algunos supuestos, eventualmente se desborden los límites de los principios y garantías del debido proceso, en especial en lo que afecta al cautelado como sujeto pasivo de estas medidas.

---

[323] En este sentido, CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1992, pág. 80, entiende que las medidas cautelares «si no están en función de una sentencia del proceso principal, si no se ha establecido ese nexo de unión entre ambos, sino que se solicitan con la intención de convertirse en definitivas, se corre el riesgo de modificar su naturaleza y convertirlas en procesos sumarios».

[324] Cfr. FRISINA, "La tutela anticipatoria: profili funcionali e strutturali"*, Rivista di Diritto Processuale,* núm. 2-3, 1986, pág. 379, para quien es necesario conservar las notas de la instrumentalidad y la provisionalidad si no se quiere convertir la tutela cautelar en un sustitutivo sumario del proceso declarativo y ejecutivo.

2. LA CUESTIÓN DE LA TUTELA ANTICIPATORIA EN LOS SISTEMAS PROCESALES PRÓXIMOS AL ESPAÑOL

2. 1. La doctrina italiana precursora de las nuevas formas de tutela.

2.2.1. La anticipación tutelar en la obra de Calamandrei

La cuestión de la posibilidad de anticipar los efectos de la decisión final a través de la tutela cautelar se viene planteando o suscitando desde el primer momento del estudio de las instituciones cautelares.

En este sentido, CALAMANDREI, en su conocida *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, realizaba varias aseveraciones que pueden servir de base o fundamento a la admisión de las medidas anticipatorias dentro de la tutela cautelar[325]. Inmediatamente después de delimitar la instrumentalidad como característica definidora de las medidas, afirmaba que el contenido funcional de la tutela cautelar consiste en ser una «anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la

[325] Como señala TARZIA, G., "La tutela cautelare" en TARZIA, G. (Coord.) *I procedimenti cautelari*, Padova, 1990, pág. XIX, recordando la clasificación funcional que establece CALAMANDREI entre medidas que tratan de evitar el peligro de infructuosidad de la decisión final y aquellas que tratan de paliar el daño que produce el retardo en la emisión de esa decisión final, «in definitiva, della construzione di Calamandrei rimangono oggi, a mio parere, valide sia quelle attinenti all'oggeto della cognizione sommaria: l'apparenza del diritto e il pericolo di insoddisfazione del diritto apparente»

misma»[326]. Posteriormente, al efectuar una clasificación de las diferentes formas en las que puede materializarse la tutela cautelar, incluye una tercera encarnación que denomina *anticipación de providencias decisorias*, que consiste «precisamente en una decisión anticipada y provisoria [*recte:* provisional] del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario»[327]. Estos tipos diferentes de medidas cautelares tienen su razón de ser en las diversas manifestaciones del *periculum in mora*.

Así, para la concepción de CALAMANDREI, aparecería, por un lado, el peligro de infructuosidad, consistente en «la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito»[328], mientras que el peligro de tardanza vendría caracterizado «por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiende

---

[326] Cfr. CALAMANDREI, *Introducción al estudio*…, ob. cit., pág. 45.

[327] Vid. CALAMANDREI, *Introducción al estudio*…, ob. cit., págs. 58 y 59, pone como ejemplo de este tipo de providencias el interdicto de obra nueva o de daño temido.

[328] Cfr. CALAMANDREI, *Introducción al estudio…,* ob. cit., pág. 72. A este tipo de *periculum* responderían las dos primeras subdivisiones de medidas que señalaba: las providencias instructoras anticipadas, cuando estén en riesgo elementos necesarios para la elaboración de la decisión sobre el fondo del asunto; y las dirigidas a asegurar la ejecución forzada, que tratan de conservar los bienes necesarios para una ulterior ejecución de la sentencia.

en el juicio de mérito»[329]. El primero sería el peligro desde un punto de vista «objetivo y directo (conservación de los bienes que deben subsistir para que produzca su fruto la ejecución forzada)», mientras que el segundo de ellos estaría considerado desde un prisma «subjetivo e indirecto, poniendo en relación los efectos de la providencia principal con la situación personal de necesidad del reclamante, en vista de la cual una ejecución forzada, fructífera pero diferida, podría resultar subjetivamente tan inútil como una ejecución forzosa infructuosa por la falta de bienes contra los cuales dirigirse»[330].

2.2.2. La continuación por la doctrina italiana ulterior

La doctrina italiana continuó, posteriormente, explorando las posibilidades de desarrollar o incardinar la tutela anticipatoria en el ordenamiento positivo italiano, aun con algunas excepciones[331]. En este sentido, PROTO PISANI entiende que el lugar adecuado para residenciar esta tutela anticipatoria se encuentra en los denominados *provvedimenti d'urgenza*,

---

[329] Así, CALAMANDREI, *ibid*.

[330] Cfr. CALAMANDREI, *Introducción al estudio…,* ob. cit., pág. 73

[331] Por ejemplo, ROCCO, U., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. V, Bogotá, 1977 (1966), págs. 131 y 132, señala que «es totalmente inexacto afirmar que el "*periculum in mora* puede ser neutralizado *únicamente* con una providencia que anticipe el futuro efecto satisfactorio de la providencia principal" [el entrecomillado corresponde a una cita de ZANZUCCHI incluida en la obra referenciada], puesto que una cosa es evitar un peligro que atente contra los intereses tutelados por el derecho objetivo, y otra cosa es realizarlos».

recogidos en el art. 700 CPC italiano. En su opinión, estas resoluciones judiciales pueden estar dirigidas bien a un fin meramente conservativo, bien a anticipar, en todo o en parte, el contenido de la eventual decisión sobre el fondo, emitiendo, mediante una cognición sumaria, una decisión provisional sobre la cuestión controvertida[332]. Profundizando sobre la cuestión, PROTO PISANI, recoge la distinción de dos tipos de *periculum in mora*[333]: el peligro de infructuosidad y el peligro por la tardanza de la providencia principal, correspondiéndose, para cada una de estas especies del *periculum*, un tipo de medidas cautelares: conservativas o aseguradas

[332] En este sentido, PROTO PISANI, A., "I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC", *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, pág. 392.

[333] Esta clasificación es heredera directa de la obra de CALAMANDREI, formulada en *Introducción al estudio…*, ob. cit., págs. 71 y ss. Para CALAMANDREI, el peligro de infructuosidad consiste en «la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito» (pág. 72), mientras que el peligro de tardanza vendría caracterizado «por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiende en el juicio de mérito» (pág. 72). El primero sería el peligro desde un punto de vista «objetivo y directo (conservación de los bienes que deben subsistir para que produzca su fruto la ejecución forzada)», mientras que el segundo de ellos estaría considerado desde un prisma «subjetivo e indirecto, poniendo en relación los efectos de la providencia principal con la situación personal de necesidad del reclamante, en vista de la cual una ejecución forzada, fructífera pero diferida, podría resultar subjetivamente tan inútil como una ejecución forzosa infructuosa por la falta de bienes contra los cuales dirigirse» (pág. 73).

cuando el peligro sea de infructuosidad y anticipatorias para prevenir el daño por la tardanza del pronunciamiento definitivo[334].

Además de la línea anteriormente señalada, por parte de otro sector destacado de la doctrina italiana ya se había empezado a explorar la posibilidad de emplear las medidas cautelares innominadas para la protección de derechos fundamentales de la persona. Así, por su parte, ZANUTTIGH, al ocuparse del posible el uso de la tutela cautelar atípica para la protección de los derechos de la persona –derechos de contenido no patrimonial, relacionados con la esfera más íntima del sujeto—, afirma que, gracias a la progresiva alteración de la estructura y de la función de la tutela cautelar innominada, se creó un modelo de protección más avanzado y eficaz, contemplando, precisamente, su singularidad y no patrimonialidad[335].

Íntimamente relacionado con ese aspecto de protección de los derechos de la personalidad, DENTI, partiendo de la afirmación de que el art. 700 del

---

[334] Así en PROTO PISANI, A., *Lezione di Diritto Procesuale Civile*, 2ª ed., Napoli, 1992, págs. 660 y 661. Del mismo autor, "La tutela cautelar (estructura y funciones)" en *La tutela jurisdiccional*, trad. C. Marinelli, Lima, 2014, pág. 394, donde señala que «como ejemplos típicos de peligro en la demora se piensese en el *periculum* requerido por las medidas cautelares tales como: […] los *pericula* que las medidas de urgencia ex art. 700 CPC Ita. usualmente (aunque no exclusivamente) son llamadas a contrarrestar.

[335] Cfr. ZANUTTIGH, L., "La tutela cautelar attipica" en ALPA, G. (Dir.), *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, pág. 281

CPC italiano permitió que los tribunales se sobrepusieran a la ausencia de formas y manifestaciones de tutela jurisdiccional adecuadas a derechos de carácter personalísimo y no patrimonial, advierte que también emergió la necesidad de una «tutela de urgencia con función no cautelar», esto es, que no se encontrase vinculada instrumentalmente con la tutela que el art. 700 CPC entiende como ordinaria[336]. DENTI, pues, toma expresamente como punto de partida de esa evolución en la utilización del art. 700 el reconocimiento indudable de la posibilidad de un posible efecto anticipatorio de la tutela cautelar en relación a la sentencia de fondo, característica esta que - según él - habría inducido CALAMANDREI en su clásico estudio sobre las medidas cautelares «al tratar de estas medidas de urgencia juntamente con las declaraciones con predominante función ejecutiva»[337].

La necesidad de una tutela efectiva de los derechos no patrimoniales llevó, por su parte, a PROTO PISANI a insistir en la oportunidad de un procedimiento sumario no cautelar[338], lo que, según DENTI, superaría «el equívoco que vicia la actual aplicación del art. 700 sometido a exigencias de

---

[336] Vid. DENTI, V. "Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale" en ALPA, G. (Dir.) *L'informazione e i diritti della persona*, ob. cit., pág. 263.

[337] Cfr. DENTI, "Diritti della persona e tecniche…", ob. cit., pág. 265. Efectivamente, así se recoge en CALAMANDREI, *Introducción al estudio*…, págs. 36 a 38.

[338] Así, PROTO PISANI, A., "La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela", *Il Foro Italiano*, V, 1990, págs. 17 y ss.

tutela que no tienen las características de la instrumentalidad propia de las medidas cautelares»[339]. Así, se reconoce no solo que esa tutela sumaria no está marcada por la nota de instrumentalidad, y que no deberá articularse conforme a la técnica de la tutela cautelar.

2.2. Origen de la expansión: la reforma del Código procesal brasileño de 1994. La extensión doctrinal por Iberoamérica y sus manifestaciones

Como señalamos anteriormente, la corriente legislativa y doctrinal en pro de las medidas *anticipatorias* y *autosatisfactivas* tiene para algunos[340] su punto de origen en la reforma del proceso civil brasileño de 1994, aunque pueden verse antecedentes inmediatos en los ordenamientos de otros Estados, como pueden ser el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988[341] o

[339] Cfr. DENTI, "Diritti della persona e tecniche…", ob. cit., pág. 267.

[340] Vid. MONROY PALACIOS, J. J., *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima, Comunidad, 2002, pág. 268

[341] El texto del anteproyecto, elaborado por Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, incluye un artículo 280 titulado *medidas provisionales y anticipatorias.* El mismo se encuentra disponible en http://iibdp.org/images/C%C3%B3digos%20Modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf [última consulta, 3 de noviembre de 2016].

el art. 317.2 del Código General del Proceso de Uruguay –traslación de aquel–, de ese mismo año[342].

Posteriormente, han ido sumándose otros ordenamientos iberoamericanos a esta tendencia. Esta corriente ha sido especialmente intensa en Argentina, donde ha tenido un amplio acogimiento entre la doctrina del país[343] la idea de las medidas *anticipatorias y* de las *autosatisfactivas,* y se han recogido en algunas propuestas prelegislativas[344] de origen académico, llegando a aparecer reconocido en textos legislativos de algunas provincias. Así, el

---

[342] En este sentido BERIZONCE, R. O., "El nuevo CPC brasileño. Hacia la efectivización de los derechos y garantías fundamentales" en *Revista de Informação Legislativa*, vol. 48, núm. 190, 2011, pág. 206, para quien estas innovaciones se «modelaron bajo influencia de técnicas y procedimientos desarrollados dentro de la propia familia del *civil law* continental europeo […] estructuradas en base al refèré francés y la doctrina italiana».

[343] De especial importancia resultó el Congreso de Derecho Procesal celebrado en Corrientes en 1997, donde se ofreció una delimitación conceptual de las medidas autosatisfactivas. Sobre este punto, vid. DE LOS SANTOS, M., "Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia", *Revista peruana de Derecho Procesal*, núm. 4, 2001, págs. 73 a 86

[344] Por ejemplo, en la propuesta de MORELLO, A. M., EISNER, I., ARAZI, R., KAMINKER, M. E., *Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1998, págs. 33 y 34, se recogía un artículo 67 bajo la rúbrica *medidas autosatisfactivas,* mientras que el art. 205, bajo el rubro *Peligro de pérdida o desvalorización*, regulaba una tutela anticipatoria de carácter similar al art. 317.2 del CGP de Uruguay. De los mismos autores, el precedente, del que trae causa, *Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 1993, págs. 38 y 64-65 no contenía un precepto equivalente al art. 67 del anteproyecto para Buenos Aires, pero sí un art. 205 idéntico al de aquel.

Código Procesal Civil y Comercial del Chaco[345] fue modificado en 1998 para introducir un art. 232 bis, regulador de medidas autosatisfactivas; o el Código Procesal Civil de Corrientes, que incluye un Libro Octavo, sobre los *procesos urgentes*, con un Título Único dedicado a las *medidas autosatisfactivas*.

2.3. La experiencia brasileña desde el *Código Buzaid* y su evolución conceptual

Sin duda, uno de los ordenamientos más pujantes en cuanto al reconocimiento de las nuevas formas de tutela cautelar o próximas a lo cautelar ha sido el ordenamiento brasileño, en especial desde la aprobación de su Código Procesal Civil en 1973, recientemente sustituido por un nuevo código en 2015.

En Brasil, el Código de Proceso Civil de 1973 contenía, junto a los libros que se ocupaban sobre los procesos de conocimiento y de ejecución, un libro para regular el proceso cautelar. Dentro de este libro III del antiguo Código brasileño, dedicado enteramente al proceso cautelar, prevé procedimientos cautelares especiales y la especificación de la acción cautelar innominada, en su artículo art. 798, en el que se señala que, además de los procedimientos

[345] El citado Código se encuentra disponible en el Sistema Argentino de Información Jurídica, dependiente del Ministerio de Justicia del Gobierno de la Nación. Puede consultarse en http://www.saij.gob.ar/legislacion/ley-chaco-968-codigo_procesal_civil_comercial.htm [Última consulta: 6/11/2016]

cautelares específicos que este Código regula en el Capítulo II de este Libro, el juez podrá determinar las medidas de carácter provisional que juzgara adecuadas cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes del juzgamiento de la litis, cause al derecho grave lesión y de difícil reparación.

En todo caso, el art. 806 del Código afirmaba expresamente la relación de instrumentalidad de la tutela cautelar respecto de la considerada como principal, dejando claro que lo cautelar, pese a su acrisolada autonomía conceptual, aparece predeterminado como un instrumento de los procesos de declaración y ejecución.

Como señala MARINONI, la presión social por una tutela jurisdiccional realmente efectiva llevó a los operadores jurídicos brasileños a solicitar, mediante acciones cautelares previas al establecimiento del proceso principal una tutela que, en un principio, únicamente podría obtenerse mediante el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto[346].

2.3.1. La reforma del Código Procesal brasileño de 1973

Como mencionábamos, el Código de Processo Civil brasileño, de autoría de ALFREDO BUZAID, que finalmente entró en vigor en 1973, sufrió en 1994

[346] Así, en MARINONI, L. G., *Tutela anticipada y tutela inhibitoria,* trad. Cavani, Lima, 2016, pág. 124.

una modificación[347] de extrema importancia para comprender la institución de la tutela anticipatoria que nos ocupa. De esta manera, el artículo 273 del CPC, después de la reforma, pasó a consagrar lo que en la doctrina se conoce como anticipación de tutela o, con mayor precisión, técnica anticipatoria[348],

---

[347] Como señala ROJAS, JORGE A., "La tutela anticipada en Argentina y Brasil"*, Justicia*, núm. 2, 2015, págs. 492 y siguientes, la aparición de este tipo de tutela en el Derecho brasileño trae causa de una serie de circunstancias económicas y de política monetaria muy concretas que explican la llegada de este tipo de fenómeno. En la década de 1990, bajo la presidencia de Collor de Melo, «dentro del paquete de medidas económicas adoptadas, el gobierno dispuso la inamovilidad de todos los fondos que estuvieran depositados en los bancos», de manera que los mismos solo podían ser retirados parcialmente al cabo de un año y a lo largo de doce cuotas mensuales, lapso temporal durante el cual los titulares de cuentas corrientes quedaban impedidos de disponer de sus fondos. Esta situación, señala ROJAS, «generó innumerable cantidad de problemas a la población, los cuales fueron canalizados a través de reclamos judiciales, echando mano los abogados brasileños a la letra del viejo art. 798 del Código Procesal brasileño que contemplaba en términos amplios el poder cautelar con el que contaban los jueces a los fines de adoptar las medidas que juzgaran adecuadas, en caso de que exista un temor fundado de una parte, para el caso de que antes del juzgamiento de la cuestión suscitada, el derecho involucrado sufra una lesión grave y de difícil reparación». El antiguo Código procesal civil de Brasil planteaba en su art. 796 el carácter accesorio e instrumental de la tutela cautelar, lo que implicaba la necesidad de iniciar un proceso declarativo, «pues existía el temor en la clase forense brasileña, por las previsiones del art. 806 del viejo Código Procesal, en virtud del cual cuando se había obtenido la cautela antes de promover el proceso principal, existía un plazo de caducidad de 30 días para el inicio de aquél». Por esa razón, se promovieron acciones declarativas para confirmar de algún modo aquello que se había obtenido por vía cautelar, lo que dio pie a que se preguntara la doctrina, tal como antes fuera señalado, «¿qué sentido tenía la promoción de esos procesos principales cuando la pretensión a ejercer ya se había agotado?».

[348] En este sentido Cfr. MARINONI, L. G. *Tutela anticipada*… ob. cit., pág. 123; MITIDIERO, D., "Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória", en *Revista de Processo*, núm- 197, São Paulo, 2011, págs. 27-66; también en *Anticipación de tutela: de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria,* trad. Cavani, Madrid, 2013, págs. 22-24. Para este último, la anticipación de tutela viene a ser «la técnica direccionada a anticipar de forma provisional, mediante cognición sumaria, la tutela jurisdiccional del derecho para la parte,

permitiendo la posibilidad de obtener pronunciamientos de carácter provisional, adoptados tras una cognición sumaria por parte del órgano judicial y aptos a ejecutarse inmediatamente, en el marco del proceso declarativo. Esto significó un auténtico quiebre en el sistema que consagró el *Código Buzaid*, el cual, fiel a la tradición de la doctrina italiana clásica, estructuró el proceso de conocimiento, ejecución y cautelar en forma separada, cada uno con fines distintos: obtener la declaración del derecho, realizar la prestación contenida en el título ejecutivo y otorgar protección provisional al derecho para la realización de dos primeros fines[349].

Así, siguiendo las enseñanzas y la estela de los principales maestros del Derecho procesal italiano de la primera mitad del siglo XX, (principalmente CHIOVENDA, CARNELUTTI, CALAMANDREI,[350] y luego

buscando la distribución isonómica de la carga del tiempo en el proceso» (vid. *Anticipación de tutela.* ob. cit., pág. 25).

[349] Así lo señala, MITIDIERO, D. "O processualismo e a formação do Código Buzaid", *Revista de Processo*, núm. 183, 2010, págs. 177 y siguientes.

[350] Debemos reiterar que, aunque habitualmente se asume que CHIOVENDA, G., *La acción en el sistema de los derechos,* 2ª ed., trad. Sentís Melendo, Bogotá, 2011 (1903), pág. 67 [que se corresponde con la nota 7 al texto de la llamada *prolusión boloñesa*] fue el primero que, conforme a su finalidad, ofreció una clasificación tripartita de las acciones o formas de actuación de la tutela jurídica en el proceso, la cual, remitiéndose al mismo, ha hecho fortuna, distinguiendo entre tutela declarativa, tutela ejecutiva y tutela cautelar, es de estricta justicia científica apuntar que fue WACH, A., *La pretensión de declaración,* trad. Semón, Buenos Aires, 1962 (1889), pág. 43, quien por primera vez, salvo error u omisión por nuestra parte, alumbró esta distinción tripartita, al señalar que «el sistema de protección del derecho establece para la pretensión necesitada de realización varios medios de protección, con el objeto de la decisión judicial, de

LIEBMAN[351]), el *Código Buzaid* instauró un sistema en donde se recogían con autonomía y caracteres propios las diversas funciones o formas de tutela jurisdiccional[352], plasmando con bastante rigor científico-técnico las distinciones de los anteriormente citados respecto de la división tripartita de las formas posibles de tutela en el proceso[353].

---

la ejecución y del aseguramiento», además de considerar la pretensión de embargo como forma autónoma de acción; distinciones estas no advertidas en obras suyas anteriores.

[351] La distinción tripartita de CHIOVENDA caló entre la doctrina de diversos países – así, entre nosotros, como muestra, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, vol. I, ob.cit., pág. 5; o PRIETO-CASTRO, L. *Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, tomo I, Zaragoza, 1941, págs. 52, al distinguir junto a las acciones que persiguen una declaración judicial con efecto de cosa juzgada, otras para la satisfacción o garantía provisional de un derecho y la ejecución del ya declarado— y llegó hasta Brasil, principalmente, a través de LIEBMAN, discípulo del propio CHIOVENDA. Así, LIEBMAN también acogió esta división, [cfr. *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Sentís, 1980 (1973), pág. 120], atendiendo a la naturaleza de la resolución solicitada, único criterio que debería importar a estos efectos, tres son las acciones posibles: de cognición, ejecutivas y cautelares. Además, LIEBMAN, participó en la edición brasileña de las *Instituzioni* de CHIOVENDA (*Instituçoes de Direito Processual Civil*, 3 vols., 2º ed. trad. Gimaraes Menegale, Sao Paulo, 1965). Sobre LIEBMAN, su influencia en BUZAID y la llamada "Escuela de Sao Paulo", vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Veinticinco años de evolución del Derecho Procesal (1940-1965)*, México DF, 1968, pág. 11.

[352] Sobre el contenido y estructura del Código procesal civil brasileño de 1973, vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., "El *nuevo Código Procesal Civil Brasileño", Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2, 1974, págs. 455-487, quien, en último término, señala «sus méritos sobresalientes, los cuales, en conjunto, predominan de manera abrumadora sobre los preceptos y soluciones objetables».

[353] El propio BUZAID, autor del Proyecto del Código, señalaba expresamente que los tres primeros libros de su proyecto respondían a las funciones o tutelas declarativa, ejecutiva y cautelar, en concordancia con la dogmática del proceso civil moderna, entendiendo que se trata de un *tertium genus*, que se distingue de las otras dos formas de tutela. Vid. BUZAID, A., *Anteprojeto de Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1964, pág. 22.

Pero esta situación se pervirtió cuando la necesidad de tutela fue en aumento, requiriendo respuestas que el ordenamiento brasileño sencillamente no estaba preparado para dar. Por eso, se llegó a usar el proceso cautelar no solo para obtener seguridad, sino también para obtener, con justificación en la urgencia, una resolución satisfactiva sobre el mérito del proceso. A esta figura la doctrina le llamó *acción cautelar satisfactiva*"[354], y no estuvo exenta de algunas críticas de gran solidez[355].

En efecto, para algún procesalista una de las denuncias más graves contra el sistema planteado por el *Código Buzaid* fue efectuada al criticar el hecho de que toda la tutela provisional o urgente tenía naturaleza cautelar y que, por lo tanto, debería encauzarse a través de la técnica en el proceso cautelar[356]. De esta manera, en los procesos de declaración y en los ejecutivos, solo

---

[354] Vid. para un resumen sobre la cuestión y las denominaciones del fenómeno: COSTA, G. R. "Entre función y estructura: pasado, presente y futuro de la tutela de urgencia en Brasil", trad. Cavani, en CAVANI, R. (coord.), *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil - Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*, Lima, 2011, p. 400 y ss.

[355] Por ejemplo, la efectuada por BAPTISTA DA SILVA, O., en *As ações cautelares e o novo processo civil,* 2ª ed., Río de Janeiro, 1980, págs. 34 y ss., o en otra obra más reciente como *Do processo cautelar*, Río de Janeiro, 1998, pág. 112 y ss.

[356] Sin embargo, como recuerda PICÓ I JUNOY, J., "De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas", *Justicia*, núm. 1, 2001, págs. 262 y ss., citando a PEYRANO, «"todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar", por lo que cuando se dan situaciones de urgencia que no pueden encontrar una debida solución en el marco de la tutela cautelar resulta necesario buscar un mecanismo que resuelva definitivamente la urgencia, esto es, sea independiente de un proceso posterior».

había espacio para resoluciones definitivas. Pero, cuando la urgencia de la tutela requería su satisfacción anticipada para conjurar el peligro, no había más camino que recurrir al proceso cautelar, dada la celeridad con la que podía obtenerse la decisión. El problema estribaba en que se seguían empleando los esquemas conceptuales propios de la tutela cautelar y, en consecuencia, exigiendo los requisitos propios de dicha tutela, cuando, en realidad, se trataba de una tutela urgente de carácter satisfactivo[357].

Esta situación fue observada casi contemporáneamente a la entrada en vigencia del CProC brasileño[358] y, tras denodados esfuerzos, en 1994, con la

---

[357] En este sentido, MARINONI, L. G., *Tutela anticipada y tutela inhibitoria*, trad. Delgado, Lima, 2016, pág. 135 entiende que «la tutela anticipatoria se confunde con la tutela cautelar solamente cuando se resalta el carácter provisorio de la misma. Sin embargo, el carácter provisorio sirve, como máximo, para caracterizar la decisión que concede la tutela durante el proceso; jamás la tutela en sí. No existe tutela anticipatoria provisoria o tutela cautelar provisoria. La tutela anticipatoria satisface en el plano fáctico, no posee carácter provisorio, o sea la posibilidad de ser substituida por una tutela final. Además, ni la tutela cautelar es provisoria, y sí temporaria, estando subordinada al mantenimiento del estado peligroso indicativo de la probabilidad de daño. Provisoria, sí, es la decisión tomada con base en cognición sumaria. La decisión provisoria no se contrapone a la tutela final, y sí a la decisión final, o sea, a la sentencia. La tutela final puede ser asegurada por la tutela cautelar o satisfactiva o realizada con base en cognición sumaria (tutela anticipatoria)».

[358] Cfr. BAPTISTA DA SILVA, O., *As ações cautelares*…, ob. cit., pág. 34 y ss., afirmaba que no había, realmente, como dice, carácter satisfactivo en el pronunciamiento judicial cautelar, en cuanto al interés protegido, limitándose a una función de tutela contra un estado peligroso, sin satisfacer el eventual derecho amenazado. Como ejemplo, el embargo asegura la futura ejecución por cuantía cierta, mediante constricción no ejecutiva, de manera que esta medida tutela la pretensión del eventual acreedor sin satisfacerla (ob. cit., pág. 38), si bien, unas páginas antes, cae en una contradicción, al señalar o apuntar un carácter satisfactivo en la tutela cautelar, porque satisfaría un derecho sustancial de cautela (págs. 34-35).

reforma introducida en el art. 273 del mismo, se logró romper con la asociación automática entre urgencia y tutela cautelar, para dar paso a la posibilidad de obtener resoluciones o pronunciamientos anticipatorios dentro del proceso de declaración, limitando el proceso cautelar a su función primigenia y originaria: para dar seguridad –y no satisfacción– al proceso a fin de tutelar el derecho principal.

La nítida diferenciación que existe entre lo cautelar y lo satisfactivo o anticipatorio es, en nuestra opinión, el elemento distintivo y de mayor importancia que ha aportado un relevante sector de la doctrina procesalista brasileña representado, por ejemplo, por el ya citado BAPTISTA DA SILVA[359]. En este punto, entendemos que algo en lo que ni siquiera la propia

[359] Vid. BAPTISTA DA SILVA, *Do processo cautelar,* ob. cit., pág. 118, entiende como confusa o peculiar una posible o hipotética identificación conceptual entre asegurar y satisfacer. En su entender «para los que están sumergidos en la ideología de la de la satisfacción a través del proceso ordinario, toda supuesta satisfacción que por ventura tenga lugar antes de la sentencia no será 'verdadera satisfacción', sino apenas 'satisfacción fáctica', o, como enseñaba el gran jurista italiano [refiriéndose a CALAMANDREI], 'satisfacción cautelar'. Por lo tanto, no habrá, para ellos, cómo distinguir entre anticipación cautelar y anticipación (falsamente) satisfactiva, en virtud de que ambas anteceden a la sentencia. Todo se esclarece cuando constatamos que tanto Calamandrei como sus seguidores brasileños no contraponen lo cautelar a lo satisfactivo, sino a lo definitivo, a la decisión definitiva, de modo que siendo ambos, para la doctrina, decisiones provisorias, no habrá criterio que los pueda distinguir. Esa es la razón que autoriza a muchos de los procesalistas a considerar como cautelares las anticipaciones de tutela del art. 273 del CPC» [traducción aproximada propia].

doctrina italiana, muy vinculada en este punto y aún atada[360] a las líneas e ideas fundamentales apuntadas por la feraz obra de CALAMANDREI[361] ha sido clara[362]. A esta falta de diferenciación contribuyó la propia ubicación del artículo 700 del Codice di Procedura Civile de 1940, que regula los denominados *provvedimenti d'urgenza*. En lógica consecuencia, la doctrina

---

[360] Poniendo en contexto las ideas de CALAMANDREI sobre la tutela cautelar y su todavía enorme influencia, especialmente sobre la doctrina italiana, cfr. CAPONI, R., "Piero Calamandrei e la tutela cautelare", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 5. 2012, págs. 1250-1257.

[361] Vid. CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático*…, ob. cit., págs. 58 a 61, donde trata y entiende como cautelares formas de tutela sumaria que bien podrían tener carácter satisfactivo, como las denuncias de obra nueva o daño temido, que dan una solución provisional, en su parecer, al conflicto subyacente.

[362] Son herederos de la concepción de CALAMANDREI autores como MONTESANO, L. "Problemi attuali e riforme opportuna dei provvedimenti cautelari", *Rivista di diritto processuale*, núm. 2, pág. 220; PROTO PISANI, A. "Appunti sulla tutela cautelare", *Rivista di diritto civile*, núm. 1, 1987, pág. 113 y ss.; también en *Lezioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Nápoles, 1996, pág. 661; FAZZALARI, E., "Profili della cautela", *Rivista di diritto processuale*, núm. 1, 1991, pág. 8.

Por ejemplo, que PROTO PISANI, entendiendo la función de la tutela cautelar como la neutralización de los daños que puedan derivar al demandante, que tiene razón, por la duración del proceso de declaración pleno por causa de hechos o circunstancias de carácter dañosos, derivados por la mera duración del proceso de cognición o de hechos que puedan verificarse durante la pendencia del proceso de cognición, ("Appunti…", ob. cit., pág. 113), demuestra su alineación con las enseñanzas de CALAMANDREI al sostener que la característica estructural de la tutela cautelar es la provisionalidad (pág. 117); y al indicar que hay provisionalidad aunque exista una anticipación del futuro proveimiento en cognición plena (p. 117); y, sobre todo, al relacionar el denominado como *pericolo di tardività* con los llamados *provvedimenti cautelari anticipatori*. No obstante, es necesario ponerlo de relieve, se aparta de la línea de CALAMANDREI al afirmar que la instrumentalidad no supone ninguna novedad o innovación que no se contenga en la idea de provisionalidad, por lo que está incluida en ella (págs. 118-119).

española e iberoamericana que se nutrió de ella tampoco tomó cartas en el asunto[363].

2.3.2. Algunas cuestiones sobre la tutela anticipatoria en el nuevo Código procesal brasileño

La situación en el ordenamiento procesal brasileño se ha visto importantemente alterada por la aprobación del nuevo *Codigo de Processo Civil* de 2015. Dentro de la constelación de novedades que todo nuevo texto legislativo acarrea, debemos destacar la eliminación del libro exclusivamente destinado al proceso cautelar y a los procedimientos cautelares específicos que, desde este punto, quedará integrados dentro de las denominadas tutelas de urgencia. En este sentido, el nuevo CProC recoge las tutelas de urgencia como un género específico de tutelas, en el que

[363]Así, por ejemplo, entre nosotros, SERRA DOMÍNGUEZ, M. "Teoría general de las medidas cautelares", en SERRA DOMÍNGUEZ, M. y RAMOS MÉNDEZ, F. *Las medidas cautelares en el proceso civil,* Barcelona, 1974, págs. 5 y ss. En Argentina, puede citarse a ALVARADO VELLOSO, A., *Las cautelas procesales*, Rosario, 2010, págs. 87 y ss., donde critica, en nuestra opinión, correctamente, que las llamadas anticipaciones de sentencia no están cautelando nada, aunque, finalmente, en cierta contradicción, integra este tipo de anticipaciones de la tutela como un extenso poder cautelar genérico y, por influencia del de las normas positivas de los códigos procesales argentinos, tanto nacional como algunos provinciales, asume que siempre implica una supresión de la garantía de contradicción. O, finalmente, en Perú, MONROY PALACIOS, *Bases para la formación*…, ob. cit., 2002, págs. 74-102, 178-186, 268-272.

se incluirán, como especies, las tutelas anticipatorias y cautelares, en un intento, en apariencia de simplificación del proceso[364].

En este sentido, la inclusión de esta categoría de los procedimientos de urgencia tiene como objetivo satisfacer las necesidades de protección tempestiva de los derechos e intereses amenazados por un peligro inminente. Para ello, el nuevo CProC brasileño ha optado por suprimir las formas específicas de tutela cautelar, esto es, eliminar las medidas cautelares típicas[365], aunque las mencione a modo de ejemplo (art. 301), concediendo, en compensación, un amplio poder a las partes y a los órganos judiciales para delimitar o configurar la medida concreta que va a aplicarse al caso concreto.

Como hemos dicho, la nueva legislación brasileña ha supuesto difuminar la tutela cautelar dentro del género de la tutela de urgencia. El Libro V del nuevo CPC señala que la tutela provisional podrá ser tutela de urgencia y tutela de evidencia. Dentro del primer género, de la tutela de urgencia, se

---

[364] Cfr. ZULEFATO, C., y NEGRAO, T. Z., "La instrumentalidad de las tutelas de urgencia en el derecho procesal brasileño contemporáneo" en PRIORI POSADA, G. (Coord.), *Sobre la tutela cautelar*, Lima, 2015, pág. 34, entienden que la introducción de la categoría general de la tutela de urgencia supone el fin de la acción cautelar autónoma.

[365] Vid. GESTA MELO FILHO, A. C. y ASSEF, J., "Tutela de urgência no novo Código de Processo Civil – a extinção do processo cautelar", *Ensinagem: Revista Periódica da Faculdade de Belém*, vol. 3., núm. 2, pág. 118.

distinguirá entre tutela anticipatoria y tutela cautelar, limitada a la estricta conservación de la situación jurídica discutida[366].

La diferenciación entre una y otra forma de tutela tampoco nos parece especialmente nítida y, desde algunos planteamientos se ha hecho referencia a un principio de fungibilidad[367] entre las diversas formas de tutela urgente, de manera que los requisitos y posibilidades de adoptar una u otra forma se confunden o son, al menos, comunes[368]. En este sentido, el art. 300 CProC de 2015 señala que tanto la tutela anticipatoria como la tutela cautelar se decretaran cuando se cumplan dos requisitos: la probabilidad del derecho afirmado por el solicitante –equivalente indubitado del clásico *fumus boni iuris*– y el peligro de daño en los intereses del sujeto o de riesgo para el

---

[366] Cfr. ANDRADRE, E. y NUNES, D., "Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada" en DIDIER JR., F., FREIRE, A.; BARROS, L. B.; PEIXOTO, R. (Coords.), *Coletânea Novo CPC: Doutrina Selecionada*, vol. IV, Salvador: Juspodivm, 2015, págs. 77 y ss.

[367] Así señalado, en su momento para el anterior CProC por MITIDIERO, *Anticipación de tutela*, ob. cit., pág. 144, de manera que «si la parte, por la descripción fáctico-jurídica, requiere una providencia diversa de aquella que sería adecuada para la tutela de su situación jurídica, el juez, encontrando alegado y probado el derecho de aquella providencia que sería debida, puede prestar la tutela jurisdiccional propia a la posición jurídica sustentada por la parte interesada».

[368]Cfr. DIDIER JR., F., SARNO BRAGA, P., SANTOS DE OLIVEIRA, R., "Todavía sobre la distinción entre tutela anticipada y tutela cautelar", en VVAA, *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil*, trad. Cavani y Delgado Suárez, Lima, pág. 343, antes de la citada reforma, entienden que existe cierta diferencia en la intensidad de los presupuestos exigidos en una y otra formas de tutela urgente.

resultado útil del proceso –equiparables a las dos formas señaladas del *periculum in mora.*

Lo que va a distinguir cada una de estas formas de tutela urgente es la finalidad que se pretende con cada una de ellas. En el caso de pretender la satisfacción anticipada del derecho subjetivo reclamado, para así evitar el riesgo de inefectividad o el daño que ocasione la demora en el desarrollo del proceso, será procedente acudir a la tutela anticipatoria; cuando el objetivo sea el resguardo o la protección del estado en el que el objeto de la litis se encuentre, estaremos ante un supuesto de tutela cautelar[369]. Será el órgano judicial el encargado de decidir cuál de los dos tipos de tutela procede, según las exigencias de protección del caso concreto.

Junto a estas dos formas, dentro de la tutela provisional encontramos, además, la figura de la llamada tutela de evidencia, en la que no será necesaria, conforme a lo dispuesto en el art. 311 CProC 2015, la concurrencia de los presupuestos clásicos de la tutela cautelar. Nos encontramos, en este supuesto, ante una forma de tutela provisional absolutamente divergente a la tutela cautelar o anticipatoria, que no

[369] En este sentido, MARINONI, *Tutela anticipatoria*…, ob. cit., pág. 133, señala que la diferencia entre una y otra formas de tutela urgente está en la finalidad de las mismas. La finalidad de la tutela cautelar estará en asegurar la efectividad de la tutela satisfactiva del derecho material, mientras que la tutela anticipatoria busca la realización del derecho material, sin necesidad de cognición sumaria.

comparte en nuestra opinión, sus caracteres y que desborda algunas de las garantías que predicamos en estas páginas. Se trata de una forma más próxima al procedimiento monitorio, donde el derecho afirmado por el solicitante aparece claramente reconocido a través de medios de prueba documentales o similares, permitiendo al órgano judicial decidir, incluso, sin escuchar a la parte contraria[370].

Volviendo a la cuestión de la tutela cautelar, el CProC de 2015 suprime, con esta regulación descrita, el antiguo proceso cautelar que el Código de 1973 contenía en su Libro III, adaptando la tutela cautelar, de carácter siempre conservativo, a los procedimientos de las tutelas de urgencia. Con ello, en principio, se pretende superar cierta insuficiencia de esas medidas típicas para la tutela de cualquier tipo de derecho, con independencia del contenido o de la naturaleza que tenga el mismo, abarcándose, mediante este poder general e innominado de adoptar aquellos efectos cautelares que mejor se ajusten al caso concreto, dotando al sistema de una apreciable flexibilidad[371].

El efecto pretendido con esta unificación es el de evitar cualquier problema o conflicto procedimental que pueda darse por el error en una forma

---

[370] Cfr. VASCONCELOS VIANA, J., "Tutela de urgência e de evidência no NCPC", *Revista do Programa de Pos-Graduaçao en Direito de UFC*, vol. 35, núm. 2, pág. 219.

[371] Cfr. GESTA MELO FILHO, A. C. y ASSEF, J., "Tutela de urgência no novo Código de Processo Civil – a extinção do processo cautelar", ob. cit., págs. 117 y ss.

concreta o por una elección inadecuada de la medida. Lo decisivo, en estos supuestos será la finalidad que el actor pretende alcanzar con esta tutela de urgencia, bien sea de aseguramiento, bien de conservación, según el riesgo que se pretenda contrarrestar, salvaguardado, en todo caso, la efectividad del propio proceso. En este sentido, el art. 297 CProC 2015 concede al órgano judicial un poder que, desde nuestra óptica, puede resultar desmesurado, por cuanto tendrá libertad, una vez sean acreditados por el peticionario los presupuestos para su adopción, para elegir las medidas que consideres más adecuadas para la efectividad de la tutela solicitada, de manera que su papel será más activo que el tradicionalmente asignado al juez en el proceso civil[372].

El nuevo Código supera la situación anterior en las que predominaban las formas de cautela típicas, profundizando en el llamado poder general de cautela, que ya se había extendido notablemente con la legislación antecedente[373]. En el nuevo escenario, ese poder se presenta como muchísimo más amplio, y será responsabilidad del órgano judicial acertar

---

[372] En línea con lo apuntado por MITIDIERO, *Anticipación de tutela*, ob. cit., pág. 83, quien aboga por conferir un mayor poder de conducción al juez, en colaboración con las partes, que podrá proponer y adoptar medidas, previa consulta a las partes.

[373] Cfr. DIDIER JR., F., SARNO BRAGA, P., OLIVEIRA, R., *Curso de Direito Processual Civil*, 7ª ed., tomo 2, Salvador, 2012, señalan incluso la existencia de un poder general de anticipación, que permite adoptar medidas de tutela anticipatorias satisfactivas para la protección de cualquier derecho.

con la cautela necesaria y adecuada al supuesto, con una mayor elasticidad para cubrir cualquier situación planteada.

Un aspecto en el que sí observamos un claro y notorio progreso es en el de la llamada *estabilización*[374] de la tutela anticipada, dotándola de cierto carácter satisfactivo. En principio, se sigue señalando que las decisiones sobre la tutela urgente no generarán los efectos de cosa juzgada y que, en el caso de formularse antes de la iniciación del proceso principal, para el mantenimiento de su eficacia será necesaria, en principio, la interposición de la demanda para el desarrollo del proceso principal. Sin embargo, en los casos de que se conceda una tutela anticipada de carácter satisfactivo, la misma se convertirá en *estable* cuando no se ejerciten contra ella los recursos previstos en las normas. En ese caso, el proceso principal quedará finalizado, aunque cualquiera de las partes tendrá la posibilidad de iniciar un nuevo proceso para eliminar, modificar o ampliar esa tutela satisfactoria. No obstante, esa acción de impugnación caducará a los dos años, computados desde la extinción del proceso en el que se enmarcaban esas medidas (art. 305, § 5º CPC/2015), por lo que, a partir de ese momento la

[374] Entiende BRAGA CASTRO, T., "Tutela provisória: tutela da urgência e a estabilização da demanda*", Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, vol. 40, núm. 2, 2015, pág. 22, la relevancia de esta figura: «esse dispositivo do Código introduziu no direito processual brasileiro a possibilidade de "estabilização da demanda", a qual permite que a decisão antecipatória continue produzindo os seus efeitos até que o processo seja extinto»

decisión tornará, en definitiva, por la aquiescencia de las partes en conflicto[375].

En nuestra opinión este elemento será el más importante de la presente innovación legislativa. La posibilidad de dar mayor estabilidad a la tutela anticipatoria, que mantendrá su vigencia cuando no sea impugnada en tiempo y forma por las partes afectadas por la misma. Aunque se exige la instauración de un proceso principal, no será imprescindible que el mismo continúe hasta el final, y se extinguirá tan pronto como los afectados por la tutela de urgencia no impugnen la misma[376]. En todo caso, esta estabilización será provisional, quedando abierta a las partes la posibilidad de pleitear sobre la cuestión de fondo, con un límite temporal de dos años.

---

[375] Como señala DOTTI, R., "A estabiliçao da tutela antecipada no CPC de 2015: A Autonomía da tutela sumária e a coisa julgada dispensável", en DOS SANTOS LUCON, P. H.; CARVALHO APRIGLIANO, R.; HECKER DA SILVA, J. P.; VASCONCELOS; ORTHMAN, A., (Coords.) *Processo em jornadas*, Salvador, 2016, págs. 904 y 905, este mecanismo tiene también un objetivo adicional de reducir, parcialmente, la litigiosidad y la carga de trabajo de lo órgano jurisidiccionales.

[376] Con referencia a la situación comparada entre Italia y Brasil, vid. BONATO, G., "Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano", disponible en *judicium.it.*, 26 de octubre de 2015, págs. 51 y siguientes [http://www.judicium.it/wp-content/uploads/2016/11/G.-Bonato.pdf; última consulta 14 de febrero de 2017].

2. 4. La recepción en la doctrina y legislación argentinas

Quizá uno de los ordenamientos en el que las nuevas formas de tutela han tenido mayor incidencia o repercusión sea el argentino, no solo en el plano doctrinal, sino también en el legislativo. Orientados, esencialmente, por la búsqueda de la mayor eficacia posible en la tutela de los derechos tanto los tribunales como la doctrina, han adoptado concepciones amplias o expansivas en la adopción de tuteas cautelares mediante las que se busca asegurar no solo la efectividad de la sentencia, avanzando en la dirección de una anticipación de los efectos de la misma con el objetivo de intentar mitigar los indeseables efectos que la demora necesaria para el desarrollo del proceso pueda tener.

En consecuencia, alguna doctrina ha venido hablando de la categoría de los procesos urgentes[377] como género nuevo en el que se incluyen, además de las medidas cautelares en un sentido clásico, otro tipo de formas de tutela

[377] Sobre todos, con decisiva influencia, PEYRANO, J. W., "Las medidas cautelares en materia comercial. Nuevos horizontes de la tutela de urgencia. Notas sobre las medidas autosatisfactorias", *Justicia*, núm. II, 1997, pág. 608; del mismo autor, "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas", *Jurisprudencia Argentina*, vol. II, 1997, pág. 926. Recoge también esta distinción DE LOS SANTOS, M. A., "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los tribunales*, núm. 1, 1999, pág. 22. También en PÉREZ RAGONE, A. J. D. "Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria", *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2000, pág. 168, quien distingue entre tutelas ordinarias y tutelas diferenciadas, incluyendo en este último grupo las denominadas tutelas de urgencia, donde incluye la cautelar, la anticipatoria y la autosatisfactiva.

que presentan caracteres diferentes, como pueden ser las medidas de contenido anticipatorio[378] o las llamadas resoluciones autosatisfactivas[379]. En todo caso, la nota común a este concepto de tutelas urgentes consiste en una exacerbación o maximización del principio de celeridad, reduciendo en todo lo posible la cognición judicial a lo imprescindible para adoptar la decisión y, en algunos casos, retrasando la bilateralidad y la audiencia de la parte contraria para maximizar la eficacia de la decisión adoptada[380].

Siguiendo esta línea, se han tratado de trazar los caracteres propios de cada una de estas formas de tutela, proponiéndose modificaciones legislativas –que, en algunos supuestos, han llegado a realizarse– en las que se han configurados los presupuestos y condiciones de las tutelas urgentes no cautelares o de aquellas medidas que no encajan, canónicamente, en el modelo de la tutela cautelar. En todo caso, debe observarse que, en aquellos

---

[378] Una definición completa de las medidas anticipatorias en PÉREZ RAGONE, "Concepto estructural y funcional…", ob. cit., págs. 177 y 178. Otra definición en AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M., "Algunas nociones en torno la medida cautelar innovativa como mecanismo garantizador de la tutela judicial efectiva", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 31, 2013, págs. 10 y 11. También en ROJAS, "La tutela anticipada en Argentina y Brasil", ob. cit., págs. 490 y 491.

[379] Sobre el concepto de medidas autosatisfactivas, vid. DE LOS SANTOS, "Resoluciones anticipatorias…", ob. cit., pág. 25. También, recogiendo la elaboración de PEYRANO, PICÓ I JUNOY, "De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas", ob. cit., pág. 263.

[380] Un resumen de los caracteres esenciales de este tipo de medidas, en PÉREZ RAGONE, "Concepto estructural y funcional…", ob. cit., págs. 177. También en PICÓ I JUNOY, "De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas", ob. cit., pág. 265.

ámbitos legislativos en los que no se ha producido una actualización o reforma legislativa, se ha reconducido, a través de las disposiciones que recogen la posibilidad de adoptar prohibiciones de innovar o medidas cautelares innominadas –análogos a nuestro antiguo art. 1428 LEC/1881 o al art. 727.11º LEC–, la adopción de estas novedosas formas de tutela urgente[381].

La doctrina argentina ha apoyado, en parte, estas distinciones y disquisiciones conceptuales en algunos de los maestros italianos, en especial la ya citada distinción elaborada por CALAMANDREI entre medidas aseguративas de la ejecución de la sentencia y medidas anticipatorias que deciden provisionalmente la cuestión de fondo mientras se aguarda al pronunciamiento definitivo, con el fin de evitar perjuicios irreparables en el derecho del actor[382]. También se ha acudido, en algunas ocasiones a la distinción acuñada por CARNELUTTI entre medidas conservativas y medidas innovativas[383]. En nuestro modesto entendimiento, las modernas concepciones propuestas por la doctrina argentina no desechan o desprecian

---

[381] Vid. BERIZONCE, R. O., "La tutela anticipada en el Derecho argentino", en GÓMEZ LARA, C., y STORME, M., (Coords.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, vol. I, 2005, México, pág. 2005. También, ROJAS, "La tutela anticipada en Argentina y Brasil", ob. cit., págs. 485.

[382] Cfr. CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático*…, ob. cit., págs. 53 y 64.

[383] Vid. CARNELUTTI, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. Guasp, Barcelona, 1942, págs. 67 y 68.

la teoría cautelar más clásica, que acogen perfectamente para configurar las medidas de carácter conservativo, sobre la que construyen, posteriormente, las nuevas categorías de tutela[384].

2.4.1. Tutela anticipatoria

Dentro de estas nuevas figuras, encontramos, en primer lugar, las denominadas cautelas anticipatorias o resoluciones anticipatorias. Se ha entendido que este tipo de medidas cumplen una función que va más allá de la inicialmente prevista para la tutela cautelar, esto es, no solo garantizar la eficacia de la futura sentencia que pueda adoptarse en el proceso, sino que suponen, en parte, la satisfacción parcial o total de la pretensión contenida en la demanda, cuando de un retardo en la satisfacción puedan derivarse perjuicios irreparables para la misma[385].

Puede afirmarse que este tipo de tutela mantiene una serie de caracteres comunes con la concepción o configuración tradicional de las medidas cautelares, como la instrumentalidad, puesto que aparecen vinculadas y

---

[384] Para PICÓ I JUNOY, "Medidas cautelares y medidas autosatisfactivas…", ob. cit., pág. 270, este tipo de medidas no deja de responder, en buena parte, a los principios y requisitos de la tutela cautelar, si bien se matiza o se acentúan algunos caracteres concretos, en especial su autonomía. DE LOS SANTOS, "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", ob. cit., pág. 22, señala que «el esquema cautelar clásico comprende bien a la cautela conservativa o asegurativa, pero que es menester formular algunas distinciones respecto de las medidas anticipatorias y autosatisfactivas».

[385] Vid. MORELLO, A. M., *Anticipación de la tutela*, La Plata, 1996, pág. 68.

supeditadas a un proceso principal, la carencia de efectos de cosa juzgada, y la ausencia, al menos pretendida, de prejuzgamiento por motivo de su adopción y su ejecutividad inmediata[386]. Sin embargo, respecto de otros caracteres se han introducido matizaciones o diferentes observaciones, aunque existen diferentes posicionamientos o interpretaciones sobre la cuestión.

Por lo que respecta a su provisionalidad, algunos han entendido que no es aplicable a las mismas el principio *rebus sic stantibus*, recogido en el art. 202 del CPCCN, de manera que las resoluciones anticipatorias no podrán decaer o dejarse sin efecto hasta la emisión del fallo definitivo, pero, igualmente, no podrá insistirse en su solicitud si fueran rechazadas en primer lugar[387]. No obstante, otra porción de la doctrina entiende como erróneo este planteamiento, de manera que estas medidas anticipatorias deberán quedar sometidas siempre a la posibilidad de su variabilidad, según las circunstancias existentes en cada momento[388], lo cual, en nuestra opinión,

---

[386] Cfr. BORDALÍ SALAMANCA, A., "Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil", *Revista de Derecho (Valdivia)*, núm. 12-2, 2001, pág. 63.

[387] En este sentido, RIVAS, A. A., "Jurisdicción y cosa juzgada anticipatoria", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XVII, 1996, pág. 256, donde llega a proponer el concepto de *cosa juzgada anticipatoria*, que sería una suerte de cosa juzgada provisional, que se mantendría hasta que la sentencia del proceso principal decidiese la cuestión de fondo, confirmando o desautorizando la anticipación otorgada

[388] Por ejemplo, MORELLO, A. M., *El nuevo horizonte del Derecho Procesal*, Buenos Aires, 2005, pág. 320, entiende que «en la cautelar *todo es provisorio y revisable*; depende de lo que se defina

encajaría mejor con una forma de tutela de los derechos que no es definitiva y que ha sido elaborada tras una cognición sumaria y, en algunos casos, sin audiencia de la contraparte. Eliminar la cláusula *rebus sic stantibus* restaría a esta forma de tutela flexibilidad y podría ser vehículo de resultados injustos o de gravámenes desproporcionados para el sujeto pasivo de la misma, que recordemos, aún no ha sido condenado[389].

Por otra parte, se ha sostenido que, ante la petición de una de estas medidas no puede ser mutada o flexibilidad según el arbitrio del órgano judicial, esto es, se podrá conceder, total o parcialmente, o denegar la medida solicitada, pero no podrá el juez sustituirla por una medida diferente de la que solicite la parte[390].

Respecto de las garantías y la necesaria observancia del debido proceso, si bien se admite con carácter general que las medidas cautelares se conceden

---

en la estructura básica, cuya decisión hará cosa juzgada y por ende será inmutable». También, BERIZONCE, R. O., "La tutela anticipatoria en la Argentina (Estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos"*, Jurisprudencia Argentina*, vol. II, 1998, pág. 911.

[389] Sobre la provisionalidad y variabilidad como requisito esencial de la tutela cautelar, vid., por todos, PODETTI, R. J., *Tratado de las medidas cautelares*, 2ª ed., Buenos Aires, 1969, pág. 34.

[390] Vid. DE LOS SANTOS, "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", ob. cit., pág. 25. Entre la doctrina argentina, por mutabilidad de la medida cautelar se ha entendido que, para evitar perjuicios innecesarios, el órgano judicial, amparándose en el art. 204 CPCCN puede disponer una medida distinta de la solicitada (cfr. ARAZI, R., *Medidas cautelares*, Buenos Aires, 1997, pág. 17).

sin audiencia de la parte contraria[391], la mayor intensidad de la inmisión producida en la esfera jurídica del cautelado que suponen estas medidas lleva a afirmar la necesidad general de una audiencia previa a la adopción de una resolución anticipatoria[392]. Igualmente, se ha entendido que el grado de cognición judicial y convencimiento del mismo para adoptar una de estas tutelas deberá ser superior al necesario para una medida cautelar ordinaria[393]. Esto es, no bastará con la simple apariencia del derecho, pero tampoco será necesario el grado de certeza que solo puede alcanzarse en la sentencia, sino que requerirá lo que ha venido denominándose certeza

---

[391] Cfr. PALACIO, L. E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. II, 10ª ed., Buenos Aires, 1993, pág. 322, «las medidas cautelares deben disponerse *inaudita parte*, es decir, sin la participación de la parte a quien afectan, pues de lo contrario podría frustrarse su finalidad», sin perjuicio de que luego sean comunicadas al cautelado y pueda impugnar la misma. Así se recoge, por otra parte, en el art. 198 CPCCN.

[392] Así, ARAZI, R., "Tutela anticipada como medida cautelar innovativa", *Revista de Derecho Procesal (Rubinzal-Culzoni),* núm. 2, 2009, pág. 184, se muestra favorable a reformar el art. 198 CPCCN para dar entrada a la posibilidad de audiencia previa a la adopción de la medida cautelar, aunque dejando una notable discrecionalidad al órgano judicial, que decidirá conforme a la procedencia de la misma conforme a las circunstancias del caso.

[393] Como señala BERIZONCE, "La tutela anticipada en Derecho argentino", ob. cit., pág. 244, al referirse a la medida o *espesor* de la cognición judicial apunta que esta será «sumaria, superficial y periférica», sin crear cosa juzgada o condicionar el sentido del fallo sobre el fondo. En todo caso, como señala PÉREZ RAGONE, "Concepto estructural y funcional…", ob. cit., págs. 191 y 192, no se produce una anticipación de la declaración, puesto que la misma exige, con carácter previo, una cognición exhaustiva.

provisional, como estadio intermedio entre los dos anteriores[394]. Ello supone, además, cierta matización en el contenido de los presupuestos tradicionales de la tutela cautelar, por cuanto la apariencia de buen derecho debe transformarse en una verosimilitud más acusada del mismo y el peligro de demora deberá entenderse como la posibilidad inminente de un perjuicio irreparable.

En definitiva, el alcance que se ha dado a estas medidas no supone, en nuestra opinión, concurrente con la de otras mucho más autorizadas que la nuestra, abandonar el territorio de la tutela cautelar, puesto que se mantiene el carácter instrumental de las mismas, o dicho de otra manera, no dejan de ser resoluciones provisionales preordenadas a un proceso principal del cual sirven como herramienta para garantizar que la decisión final de la controversia no se convierta en maculatura, en un papel inútil para los derechos e intereses del actor. Esta función de garantía se alcanza, en estos casos, y siguiendo a CALAMANDREI, mediante la anticipación total o parcial de los efectos de la resolución final[395].

---

[394] Vid. DE LOS SANTOS, "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", ob. cit., pág. 23. Sobre los grados de convicción judicial, recordamos la exposición de BONET NAVARRO, "Posibilidad, probabilidad y certeza en el proceso penal", en *Escritos…,* ob. cit., pág. 385 y ss., y nos remitimos a lo ya expuesto en apartados anteriores sobre la cuestión.

[395] Vid. CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático*…, ob. cit., págs. 58 y 59, sobre el carácter plenamente cautelar de las medidas que anticipan, total o parcialmente, el contenido de una sentencia.

En este sentido, se han señalado algunos ejemplos de medidas que responden a estas coordenadas en la legislación argentina[396], aunque, al margen de estos supuestos expresos, la jurisprudencia ha recurrido a las medidas innominadas o genéricas del art. 232 CPCCN para dar entrada a este tipo de tutela fuera de los casos expresamente previstos en las normas.

2.4.2. Tutela autosatisfactiva

La segunda de las figuras que encontramos es la de las denominadas *medidas autosatisfactivas*, impulsadas decisivamente por PEYRANO*,* quien las define como soluciones de carácter urgente, pero de naturaleza no cautelar, que se conceden *in extremis* y requieren la concurrencia de una fuerte probabilidad de certeza de la pretensión del solicitante, mediante las cuales se da una satisfacción definitiva a lo pedido por el actor, sin que su vigencia deba depender de las iniciación o continuación de un proceso declarativo principal[397]. Lo que diferencia, por tanto, a este tipo de tutela es que se agotan en sí mismas, que se realizan con su propia adopción por parte del

[396] Cfr. DE LOS SANTOS, "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", ob. cit., págs. 23 y 24 .

[397] Recogida, por ejemplo, en PEYRANO, J. W., "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas", *Jurisprudencia Argentina,* vol. II, 1997, pág. 929. También, en PEYRANO, "Las medidas cautelares en materia comercial…", ob. cit., pág. 612 y 613.

órgano judicial, sin que sea necesario para la continuidad de su vigencia el establecimiento o mantenimiento de un proceso principal[398].

Nos encontramos, por tanto, ante procesos autónomos, que no comparten la nota de instrumentalidad de los procesos cautelares, pues no es necesaria su vinculación a otro proceso ni, tampoco, sirven como instrumento para garantizar la eficacia de ese otro proceso. Se desnaturalizan de esta forma los elementos esenciales que diferencian la tutela cautelar[399] y se crean procesos urgentes o sumarios de carácter autónomo.

Como consecuencia de lo anterior, se ha señalado que no se trata de una forma de tutela flexible, en el sentido de que, ante la petición de una de estas medidas, el órgano judicial no podrá conceder una medida diferente o de

---

[398] Como bien apunta PICÓ I JUNOY, "Las medidas cautelares y las medidas satisfactivas…", ob. cit., pág. 264 la definición o construcción de PEYRANO parte de la necesaria instrumentalidad de las medidas cautelares y su consiguiente vinculación a un proceso declarativo principal, de modo que habrá supuestos en los que las necesidades de tutela del actor queden colmadas por una decisión interina, por lo que se iniciarán procesos inútiles o casi ficticios para mantener con vida esa medida, cuya vigencia se vincula a la del supuesto principal. Esta nueva forma de tutela, por tanto, intentará recoger estos supuestos y evitar pleitos y trámites sin causa real.

[399] Señala MORELLO, *Anticipación de la tutela*, ob. cit., pág. 53, que en estos supuestos se produce una emancipación de situaciones y estructuras antes dependientes o subordinadas que ahora merecen ser reconocidas con una nueva y autónoma identidad funcional, más próxima a lo declarativo y de condena, que a lo cautelar.

naturaleza distinta a la solicitada[400]. Además, por su contenido, no deberá concederse sin audiencia previa, requiriéndose no una mera verosimilitud del derecho afirmado en la petición, sino una fuerte probabilidad muy próxima a la certeza[401]. Finalmente, como principio general, se estima que no es necesaria la prestación de contracautela para la efectividad de la medida, quedando la misma limitada únicamente a aquellos supuestos excepcionales en los que la misma se adopte *inaudita altera pars*[402].

---

[400] En este sentido, DE LOS SANTOS, "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", ob. cit., pág. 25.

[401] Así, PEYRANO, "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares", ob. cit., pág. 929. También en PEYRANO, J.W. y EGUREN, M. C., "El acceso a la 'jurisdicción oportuna': las medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación legal" en ROBLES GARZÓN, J. A. y ORTELLS RAMOS, M., *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, tomo II, Málaga, 2006, pág. 589. También en CONVERSET, M. M., "Procedencia de las medidas autosatisfactivas", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 3, 2004, pág. 700.

[402] A favor de la necesidad de contar con audiencia a la otra parte, DE LOS SANTOS, "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", ob. cit., pág. 26.

En las conceptualizaciones ofrecidas por PEYRANO, citadas en la nota inmediatamente anterior, señala siempre que las medidas autosatisfactivas podrán ser despachadas *inaudita altera pars*, de manera que la defensa del contrario quedará postergada, sugiriendo que una posible técnica adecuada de cara a una eventual regulación de esta institución sería la del proceso monitorio, albergando, tras la resolución, un trámite de audiencia al cautelado (cfr. "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares", ob. cit., pág. 940). Sin embargo, el propio PEYRANO (vid. PEYRANO y EGUREN, "El acceso a la 'jurisdicción oportuna'…", ob. cit., pág. 589), ha admitido que el órgano judicial deberá atender a las circunstancias concretas del caso y ponderar si es posible una audiencia previa, siempre que esto no menoscabe la efectividad de la decisión.

Si bien es cierto que esta forma de tutela está plenamente diferenciada de la cautelar, no puede negarse que su configuración presenta algunos requisitos o caracteres concomitantes con la tutela cautelar, como son los requisitos para su otorgamiento, existiendo un requisito que se ocupa de la verosimilitud o posibilidad del derecho afirmado por el solicitante, centrándose el segundo en la posibilidad de daño sobre los intereses y derechos del actor[403].

Como hemos indicado, estas medidas autosatisfactivas se han entendido como procesos autónomos en el sentido de que no aparecen vinculadas o no sirven como instrumento de otro proceso, agotándose en sí mismos, de manera que, de estas resoluciones puede llegar a derivarse una satisfacción total y definitiva de las peticiones e intereses de la parte actora. Ha señalado MORELLO que estos efectos no ocurrirán automáticamente, sino que aparecerán cuando la parte contraria no impugne y, por tanto, acepte la decisión o cuando se agoten infructuosamente los recursos posibles contra la misma[404].

---

[403] Vid. PICÓ I JUNOY, "De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas", ob. cit., pág. 279. También, BARREIRO, V. "Las medidas autosatisfactivas. Su recepción en nuestro ordenamiento jurídico", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4, 2004, pág. 456

[404] Cfr, MORELLO, A. M., "La cautela satisfactiva", *Jurisprudencia Argentina*, vol. IV, 1996, pág. 414.

Como corolario, la doctrina ha entendido que la admisión de este tipo de tutela deberá realizarse conforme a un criterio restrictivo[405], sin que sea posible su adopción de oficio, siendo necesaria, en algún momento de la tramitación, la audiencia del afectado por la misma, sin que quepa relegar esta únicamente al momento del recurso contra la resolución[406].

Como señalamos, este tipo de medidas, todavía no expresamente contempladas por las normas positivas procesales argentinas, ha tenido cierto acogimiento en las decisiones de algunos tribunales[407]. En esta línea,

---

[405] Señala MORELLO, A. M., *El proceso civil moderno*, La Plata, 2001, pág. 305, que, en la adopción de medidas de esta índole, el órgano judicial deberá siempre ponderar un justo equilibrio de todos los intereses en juego, evitando que este tipo de tutelas sean vehículo de abusos y desigualdades.

[406] La principal objeción que se ha planteado a la construcción de las medidas autosatisfactivas es las limitaciones que implica en el derecho de defensa de la parte que las padece. Así, TORELLO, L. "Problemática del proceso cautelar", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 1, 1985, pág. 10, entiende que el problema más grave es que puede llegarse a dar satisfacción a un derecho sin haber escuchado a la otra parte; en ese mismo sentido, BARREIRO, V. "Las medidas autosatisfactivas. Su recepción en nuestro ordenamiento jurídico", ob. cit., pág. 456. Entre nosotros, PICÓ I JUNOY, "De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas", ob. cit., pág. 280, señaló con agudeza que «el gran problema que se apunta en contra de la admisión de las medidas autosatisfactivas radica en su propia autonomía respecto de un posterior proceso unido a la posibilidad de adoptarse inaudita parte, o con una audiencia rápida, por lo que se eliminaría o limitaría el derecho constitucional a la defensa».

[407] En detalles sobre este supuesto particular, DE LOS SANTOS, "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", ob. cit., págs. 27 y 28. También en PEYRANO, "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares", ob. cit., pág. 927.

quizá el más célebre y notorio sea el conocido como caso *Miguel Ángel Clavero c. Comité Olímpico Argentino*, resuelto en julio de 1996.

En este supuesto, Miguel Ángel Clavero, ciclista, fue seleccionado en el equipo olímpico argentino para participar en los Juegos de Atlanta de 1996. Sin embargo, de manera sorpresiva y sin aparente motivo, cuando el deportista se encontraba ya en la Villa Olímpica, a pocos días de competir, fue expulsado de la misma por la dirección de la expedición argentina. Ante esta situación, el ciclista planteó ante los tribunales civiles de Buenos Aires una demanda de amparo y una medida cautelar, en la que solicitaba ser inmediatamente readmitido en el equipo, argumentando que, de no atenderse a esta petición cautelar cualquier ulterior tutela de sus derechos sería inefectiva, porque ya habría finalizado la competición en la que iba a participar. El órgano judicial, apoyándose en los artículos del CPCCN que reconocen la posibilidad de adoptar medidas indeterminadas, concedió, en primer lugar, una resolución en la que aceptaba la medida cautelar solicitada, entendiendo que existía una fuerte probabilidad de tener razón, tras oír a la otra parte, y ordenó que el deportista fuera readmitido y se hiciese todo lo necesario para regresar a Atlanta y que tomase parte en la competición, sin exigir la prestación de contracautela. Finalmente, el órgano emitió sentencia que resolvía el amparo, pero lo hizo dando por concluido el proceso al haber agotado el mismo su razón de ser, puesto que el actor únicamente pretendía proteger su derecho a competir en los Juegos, lo cual ya fue satisfecho por la medida, mencionando, precisamente, que nos

encontrábamos ante lo que doctrinalmente se conocía como *medidas autosatisfactivas.*

Paralelamente, comenzaron a gestarse, como ya hemos mencionado, movimientos para la inclusión de este tipo de medidas en los diferentes códigos procesales civiles argentinos, tanto federales como provinciales. Como mencionamos, resultan de especial interés las propuestas realizadas por la escuela platense encabezada por MORELLO, con sendos Anteproyectos de Código procesal civil y comercial para la Provincia y para la Ciudad autónoma de Buenos Aires respectivamente[408].

En el primero de ellos, recogían un capítulo rotulado como "Tutela anticipada", con tres artículos (arts. 65 a 67) en los que se recogían, por un lado, medidas cautelares de contenido anticipatorio y, por otro lado, *medidas de efectividad inmediata*, próximas a las autosatisfactivas. Las primeras exigen la presencia de una convicción suficiente, urgencia por un peligro irreparable, actitud dilatoria del demandado y contracautela, siendo posible entonces que el juez adelante todos o parte de los efectos que podría alcanzar la sentencia. Para resolver sobre las mismas se celebrará una audiencia urgente y, en caso de que cambien las condiciones que justificaron la misma,

[408] Por ejemplo, en la propuesta de MORELLO, A. M., EISNER, I., ARAZI, R., KAMINKER, M. E., *Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, ob. cit., 1998, págs. 33 y 34. De los mismos autores, *Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, 1998, págs. 33.

podrá modificarse. Las llamadas de *efectividad inmediata* requieren que el derecho sea cierto y manifiesto, una urgencia impostergable en su adopción y, finalmente, la falta de necesidad de que, con posterioridad, se sustancie un proceso de conocimiento autónomo, aunque sí es posible la interposición de un recurso respecto de esta decisión. La segunda de las propuestas que hemos mencionado tiene un contenido parejo y prácticamente idéntico al descrito anteriormente, con el matiz de que para el segundo tipo de tutela descrita recibe ya el nombre de *autosatisfactiva*.

Sin embargo, desde este punto tampoco se han producido grandes avances o cambios legislativos[409] para reconocer estos tipos nuevos de tutela, lo que no ha impedido que los tribunales argentinos hayan seguido concediendo este tipo de tutelas, apoyándose principalmente en los artículos 230 y 232 del CPCCN.

---

[409] Señala BERIZONCE, "La tutela anticipada en Derecho argentino", ob. cit., pág. 247, que en los códigos procesales provinciales de El Chaco (art. 231) y La Pampa (art. 305) se han recogido medidas de carácter autosatisfactivo o de efectividad inmediata. Por su parte, PEYRANO, "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares", ob. cit., pág. 932 y ss., recoge una serie de disposiciones con contenido próximo a la figura por él propuesta.

Sobre la necesidad de una regulación completa del fenómeno, vid. DE LOS SANTOS, "Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia", ob. cit., págs. 84 a 86.

3. MANIFESTACIONES DE LA TUTELA ANTICIPADA EN EL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL: DE LA IMPOSIBILIDAD DE ADMITIR EFECTOS ANTICIPATORIOS A SU RECONOCIMIENTO GENERAL

En primer lugar, como punto de partida debemos señalar que, salvo contadas excepciones[410], la doctrina española no se ha ocupado o ha estudiado con, a nuestro parecer, el necesario detenimiento el significado de estas nuevas formas de tutela que tanta repercusión y debate doctrinal han suscitado entre la doctrina iberoamericana. En nuestro país, el debate se ha limitado, esencialmente, a cuestionar si dentro de las medidas cautelares que podían adoptarse en el marco de la LEC – primeramente, en el más disperso y reducido de la veterana de 1881 y, posteriormente, en el más completo y sistematizado de la nueva de 2000— existía la posibilidad de emplear formas de tutela cautelar a través de las que se anticipase, aun solo en parte, el contenido de una posible sentencia estimatoria.

Debemos señalar que, en ningún momento, salvo error u omisión por nuestra parte, la cuestión se haya situado en las coordenadas de si era necesario o no un nuevo tipo de tutela, diferenciado de los cautelar, como

[410] Vid. PICÓ I JUNOY, J., "De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas", ob. cit., págs. 261 a 282.

ocurría en Brasil, así como las diferencias entre las instituciones cautelares y las instituciones de tutela anticipatoria o satisfactiva[411].

Entre nosotros, la respuesta, primero doctrinal y luego legislativa, a las medidas cautelares de carácter anticipatorio ha sufrido ciertos cambios y evoluciones, en una tendencia que podemos observar hacia la expansión y mayor empleo de la técnica de la tutela cautelar[412].

3.1. La orientación restrictiva respecto del contenido de la tutela cautelar: asegurar la ejecución como finalidad de la misma

La primera de las posiciones, que podríamos calificar como de corte u orientación más tradicional dentro de nuestra doctrina, consideraba, tanto la homogeneidad como la finalidad asegurativa, como dos de los elementos esenciales y definidores de las medidas cautelares, distinguiéndolos de otras

---

[411] Sin embargo, entre los que han estudiado con mayor detenimiento y detalle la cuestión de la anticipación de la tutela a través de medidas cautelares, parece que se inclinan por la posibilidad de potenciar o encauzar este tipo de pretensiones urgentes mediante la técnica de los procedimientos sumarios. Así, por ejemplo, CALDERÓN CUADRADO, M. P., "Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares" en *Diario La Ley*, tomo II, 1995, págs. 1086 y siguientes.

[412] Vid., CALDERÓN CUADRADO, "Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares" ob. cit., pág. 1091 y ss. considera que en desde la década de 1980 la apuesta del legislador ha sido la tutela cautelar como forma de protección rápida de los derechos. Aun de forma un tanto tangencial, algunos autores como SERRA DOMÍNGUEZ, "Teoría general…", ob. cit., 71 parecen críticos con esta expansión de la tutela cautelar, señalando su «actual [1974] sobrevaloración».

instituciones afines o próximas[413]. Esta posición, que puede denominarse como *restrictiva*[414], limitaría la tutela cautelar a aquellas medidas de estricto aseguramiento de la ejecución, considerando todo aquello que excediese de este concepto como una ejecución sin título[415].

Esta citada posición restrictiva fue defendida, entre nosotros, principalmente por CARRERAS LLANSANA, y seguida también por otros

---

[413] Así, por ejemplo, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares" en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974, págs. 388 a 389, considera que «de este efecto asegurativo o conservativo de la medida, se desprende el que en principio, sólo en muy rara ocasiones pueda conceptuarse como cautelar una medida tendente a innovar una situación de hecho o de derecho antes de que se pronuncie la sentencia sobre dicha situación o derecho» debiendo ser excepcionales las medidas de carácter innovativo.

[414] Tomamos esta denominación de uno de los principales defensores de la postura en la doctrina española más reciente. Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Derecho Procesal Civil* (con DE LA OLIVA SANTOS, A.), vol. III, 4ª ed. (1ª reimpresión), Madrid, 1996, pág. 404, al referirse al concepto de medidas cautelares y su por entonces indeterminación legislativa, afirma que «si no se desea que el concepto adquiera una extensión desmesurada, inevitablemente ligada a una notable incorrección, conviene utilizar un concepto restringido de *medidas cautelares*, reservando este nombre sólo para designar aquellos medios o instituciones que directa e inmediatamente pretenden conjurar el peligro que para una futura ejecución representa la existencia de un proceso declarativo».

[415] El principal exponente de esta postura entre la doctrina de mediados de siglo es CARRERAS LLANSANA, J., "Las medidas cautelares del artículo 1428 LEC" en FENECH, M. y CARRERAS J., *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, pág. 576. También, SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Teoría general de las medidas cautelares" en SERRA DOMÍNGUEZ, M. y RAMOS MÉNDEZ, F., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, págs. 15 y ss. Más recientemente, entendiendo que cualquier medida que exceda del aseguramiento supone una ejecución sin título, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil,* vol. III, Madrid, 1991, pág. 340.

autores como SERRA DOMÍNGUEZ, y más recientemente, por TAPIA o FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ.

La toma de postura sobre la posibilidad de las medidas cautelares de naturaleza o carácter anticipatorio se ha suscitado, habitualmente, en el estudio de dos cuestiones bien diferentes. Por un lado, en la enumeración de los caracteres de las medidas cautelares, al incluir la homogeneidad con las medidas de ejecución como nota de las mismas. Por otro lado, también se ha planteado en los estudios realizados sobre el antiguo artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, como elemento sobre el que delimitar el alcance y contenido posible de las medidas indeterminadas que se pudiesen adoptar al amparo de ese precepto.

En este sentido, la primera posición clara sobre la cuestión la formuló el ya citado CARRERAS LLANSANA. El mismo parte de considerar que las medidas cautelares, denominación empleada a lo largo de todo su trabajo, tienen como fin evitar los peligros derivados de la pendencia del proceso declarativo previo a la ejecución, estando preordenadas a la ejecución[416] como medio para evitar la inutilidad del proceso declarativo. Desde esta premisa, las medidas cautelares que se adoptasen a partir del art. 1428 LEC/1881, no podían ser ni idénticas ni heterogéneas en comparación con las medidas ejecutivas: en el primer caso, estaría propiciándose una

[416] Cfr. CARRERAS, "Las medidas cautelares…", ob. cit., pág. 571.

ejecución sin título; en el segundo, no serían entonces medidas destinadas a posibilitar la ejecución[417]. En consecuencia, las medidas indeterminadas deberán ser «correlativas a cada una de las sanciones ejecutivas específicas»[418]

Por su parte, SERRA DOMÍNGUEZ, reconocía la homogeneidad como la característica que permitía discriminar una verdadera medida cautelar del resto de medidas de carácter instrumental que pudiesen manifestarse a lo largo de un proceso[419], por lo que, entre medidas cautelares y medidas ejecutivas tiene que existir cierta homogeneidad, que no igualdad, en cuanto a su contenido, por estar la medida cautelar íntimamente preordenada a la ejecución[420].

---

[417] Vid. CARRERAS, "Las medidas cautelares…", ob. cit., pág. 573, quien, en suma, acoge como característica esencial de las medidas cautelares su homogeneidad con las medidas ejecutivas.

[418] Así, CARRERAS, "Las medidas cautelares…", ob. cit., pág. 576.

[419] Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, "Teoría general…", ob. cit., pág. 17, para el cual, prescindir de esta nota supone romper cualquier posible unidad y sistemática de las medidas cautelares.

[420] Así, siguiendo en buena medida las posiciones de CARRERAS que antes hemos detallado, SERRA DOMÍNGUEZ, "Teoría general…" ob. cit., págs. 18 y 19. Sin embargo, una vez aprobada la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, SERRA parece abandonar este posicionamiento tan centrado en la homogeneidad, por cuanto acepta sin mayores objeciones que los caracteres de las medidas cautelares sean instrumentalidad, proporcionalidad y variabilidad, mereciendo, a su parecer, una valuación positiva la nueva sistematización y regulación de las medidas cautelares en la LEC de 2000 que, como veremos, amplía notoriamente la posibilidad de acordar medidas que anticipen en buena parte el contenido de

Entre nosotros, finalmente, FERNÁNDEZ- BALLESTEROS propone limitar la denominación de medidas cautelares a aquellas figuras «que directa e inmediatamente pretenden conjurar el peligro que para una futura ejecución represente la propia existencia de un proceso declarativo»[421]. Por ello, entiende que, para poder predicar la licitud y la utilidad –otra forma, en nuestra opinión, de denominar la adecuación—, es necesario que la medida sea semejante, como sinónimo de homogénea, a una futura medida ejecutiva que, en su momento, pueda acordarse para asegurar la efectividad de la decisión definitiva. En todo caso, la medida acordada no debería producir «los efectos irreparables que causaría la ejecución de la sentencia, pues se estaría, entonces, adelantando la ejecución sin que exista título ejecutivo»[422].

---

la sentencia (Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento civil,* Barcelona, 2000, págs. 95 y 97).

[421] Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *Derecho Procesal Civil,* ob. cit., pág. 404. Además de sostener esta concepción restrictiva, el mismo se muestra en contra de exagerar la importancia de la tutela cautelar, que puede suponer postergar y relegar los derechos del demandado, recuerda el «carácter estrictamente *instrumental* y *subordinado* de las medidas cautelares» (pág. 405) y rechaza la autonomía de la tutela cautelar como tercer género diferenciado y conceptualmente separado de las tutelas declarativas y ejecutivas (pág. 405, n. 2). Por su parte, VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "La construcción del proceso cautelar en el Derecho Procesal Civil español", *Justicia*, núm. IV, 1990, pág. 828, se muestra crítico con algunos de los posicionamientos de FERNÁNDEZ-BALLESTEROS contrarios a la autonomía y virtualidad propia de este tipo de procedimientos.

[422] Cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág. 406. Como ejemplo de tales medidas que pueden adelantar totalmente efectos de la ejecución de la sentencia, señala el autor las normas sobre medidas cautelares incluidas en leyes como las de

3.2. Concepción expansiva: asegurar la efectividad de la tutela definitiva

No obstante lo anterior, las posiciones doctrinales fueron paulatinamente abriéndose hacia la posibilidad de la anticipación de los efectos de la sentencia mediante la tutela cautelar. Esta corriente, a nuestro juicio, viene unida a la distinción entre dos criterios esenciales sobre el objetivo o función de las medidas cautelares, esto es, entre quienes aseveran que la tutela cautelar tiene su razón en el aseguramiento de la ejecución y quienes entienden que la tutela cautelar tiene por objeto asegurar la efectividad de la decisión judicial final.

La primera es una dirección que podemos calificar de más *restrictiva*, mientras que la segunda de ellas podría ser entendida como *innovadora* o *expansiva*[423], interpretación esta última que supondría aceptar medidas que

patentes, marcas o propiedad intelectual, que posibilitan al órgano judicial «adoptar, como cautelares, ciertas medidas que adelantan por completo la ejecución forzosa y, en ocasiones, pueden, incluso, tener una eficacia superior a la que, al menos en teoría, tendría la sentencia firme de condena» (pág. 407). Sin embargo, como observa PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Barcelona, 1996, pág. 100, no debe olvidarse que la diferencia esencial entre una medida cautelar y una medida ejecutiva estará en la duración temporal y limitada de la primera, a diferencia del carácter permanente, apoyado en la eficacia de la cosa juzgada de la sentencia, de la segunda.

[423] Caracteriza así esta división doctrinal, CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992, pág. 63. También en DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., "El cambio de signo de las medidas cautelares en el proceso civil y ciertas observaciones sobre su regulación", *Tribunales de Justicia,* núm. 6, 2002, págs. 27 y ss.

diesen un paso más allá del mero aseguramiento, adelantando parte de los efectos del contenido del fallo.

Esta dicotomía no quedó en una mera discusión doctrinal, sino que tuvo reflejo en la elaboración de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si bien en un primer momento, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil recogía la postura más conservadora de restringir la tutela cautelar al aseguramiento de la ejecución (art. 725 del ALEC[424]), las fundamentadas críticas doctrinales planteadas a ese texto prelegislativo[425], precisamente por su poca amplitud de miras, supusieron una modificación del texto en el sentido de ampliar el concepto[426], conservando, en buena medida, la redacción

---

[424] Texto del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, así como las diferentes enmiendas y fases prelegislativas de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil pueden consultarse en la página web http://www.sc.ehu.es/dpwlonaa/repertorio/legislacion/lec.htm [última consulta, 28/01/2017], apéndice documental de la obra LORCA NAVARRETE, A. M., y LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte general*, San Sebastián, 2002.

[425] Fundamentalmente VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "La configuración de las medidas cautelares en el Anteproyecto de L.E.C." en PICÓ I JUNOY, J. (Dir.), *Presente y futuro del proceso civil*, Barcelona, 1998, págs. 671 y 672. Refiriéndose al Anteproyecto, que ulteriormente fue modificado en el sentido propuesto en el trabajo citado, su contenido suponía limitar las medidas cautelares al aseguramiento de sentencias condenatorias y solo podían tener eficacia asegurativa.

[426] En este sentido, RIFÁ SOLER, J. M., "La ejecución provisional y las medidas cautelares en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", en FONT SERRA, E. (Coord.), *Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 1999, afirmaba que «el sistema de medidas cautelares previsto en el Proyecto de LEC acoge una concepción amplia de la tutela cautelar que incluye las cautelas homogéneas y las anticipatorias, que mejoran sensiblemente el propuesto en el Borrador de la LEC».

antecedente del art. 1428 LEC, de manera que pueden adoptarse «las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare».

Además, como ha señalado CALDERÓN CUADRADO[427], buena parte del debate sobre la cuestión está en una interpretación del sintagma «asegurar la efectividad». Las interpretaciones más restrictivas sobre la tutela

[427] Así lo recoge CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992, pág. 63, quien entendía que «la redacción legal [del art. 1428 LEC] que emplea junto a término, en principio enormemente restrictivo –asegurar–, otro mucho más amplio –efectividad–, posibilita una variedad de opiniones dependiendo no sólo de la interpretación separada de ambos conceptos sino también del examen conjunto, según se incline la balanza por uno u otro extremo».

cautelar ponen énfasis en la idea de aseguramiento[428], mientras que las expansivas atienden, fundamentalmente a la idea de efectividad[429].

Exponente de la apertura que señalábamos es, por ejemplo, RAMOS MÉNDEZ, en sus trabajos sobre la materia posteriores a la reforma del artículo 1428 por la Ley 34/1984. Para el citado, en el momento de decidir sobre las concretas medidas cautelares se debe de tener como norte la efectividad de la futura sentencia, pudiendo, por tanto, si es necesario,

---

[428] Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág. 404, entiende que las medidas son meros «medios de aseguramiento de una futura ejecución».

Cfr. ORTELLS RAMOS, M., "Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC"*, Justicia*, núm. I, 1989, págs. 59 y ss., que resume el planteamiento elaborado por CARRERAS, pero finalmente adopta la postura más expansiva favorable a aceptar el aseguramiento de la efectividad como finalidad de la tutela cautelar civil. Contrasta con la propia posición dubitativa del citado autor en anteriores trabajos, especialmente en *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, pág. 33, donde pone en duda el carácter cautelar, por la ausencia de una verdadera instrumentalidad, de aquellas resoluciones que den una satisfacción provisional a la petición del actor.

En un sentido restrictivo respecto de la posible expansión de la tutela cautelar, similar al de FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, vid. TAPIA FERNÁNDEZ, I., "El artículo 1428 de la LEC", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 6, 1985, págs. 62 y ss.

[429] Sobre la idea de efectividad, en este ámbito podríamos entenderla como la adecuación y correspondencia entre lo realmente recibido y el contenido de la sentencia estimatoria. En este sentido, CALDERÓN CUADRADO, M. P., "Las medidas cautelares innominadas", en *Las medidas cautelares-Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXVII, 1993, pág. 298; y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., "El cambio de signo de las medidas…", ob. cit., pág. 28

anticipar la ejecución mediante las citadas medidas[430]. La concepción de RAMOS MÉNDEZ tiende a superar la idea o característica de la homogeneidad como elemento diferenciador o delimitador de la tutela cautelar. Quiere decirse que, en esta elaboración, si bien es posible, en los supuestos referidos a medidas conservativas o asegurativas de obligaciones de dar, concebir medidas cuyo contenido sea una porción de la futura medida ejecutiva, no es una labor tan sencilla cuando se trata de distinguir respecto de medidas relativas a obligaciones de hacer o no hacer. Por ello, RAMOS MÉNDEZ se pregunta si no será factible o más conveniente aceptar que la medida cautelar permita obtener lo mismo que una eventual medida ejecutiva en el caso de obtener una sentencia favorable[431], pese al

---

[430] Vid. RAMOS MÉNDEZ, F., "Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil", *Justicia,* IV, 1985, pág. 77. En otro trabajo contemporáneo a este, el propio RAMOS MÉNDEZ, "Comentario al art. 1428" en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (Coord.), *Comentarios a la reforma de la LEC*, Madrid, 1985, págs. 689 y ss. conecta la posibilidad de la tutela anticipatoria para garantizar la futura efectividad de la sentencia con el art. 118 CE –obligación de cumplir las resoluciones firmes de jueces y tribunales— y el art. 18.2 LOPJ, que impone al órgano judicial el deber de tomar las medidas necesarias para asegurar la mayor efectividad de la ejecutoria.

[431] Cfr. RAMOS MÉNDEZ, "Las medidas cautelares indeterminadas…", ob. cit., pág. 77. Debe relacionarse lo anterior con la preocupación reiterada de RAMOS MÉNDEZ por la falta de eficacia del proceso civil en trabajos previos como "La eficacia del proceso", *Justicia*, núm. I, 1982, pág. 106, donde, al diseccionar aquellos elementos que impiden u obstaculizan la efectividad de la tutela judicial, señala, como un supuesto de indefensión por dilaciones indebidas, los supuestos en los que «ciertos asuntos, una vez planteados ante los tribunales tardan tanto en resolverse que dan lugar a la desaparición pura y simple del objeto del proceso». Como apostilla CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas*…, ob. cit., pág. 65, en supuestos como los citados por RAMOS, «de una resolución dictada en momento oportuno a una decisión intempestiva puede hallarse la clave de su propia efectividad».

riesgo de que, de permitirse, la tutela cautelar, acabe suplantando indebidamente a la tutela declarativa. Sin embargo, concluye RAMOS MÉNDEZ, por mucho que la tutela cautelar anticipe el contenido de la ejecución, aquella no perderá su carácter, ya que está afectada por las notas de instrumentalidad y temporalidad, sosteniendo, pues, con esta propuesta, que es preferible que los tribunales den soluciones rápidas, aunque temporales y revisables, que definitivas pero tardías[432].

Los riesgos de la posición de RAMOS MÉNDEZ residen principalmente en desplazar el proceso declarativo principal en favor de la tutela cautelar, en dar satisfacción a través de una forma de tutela concebida para el aseguramiento de la tutela judicial principal[433].

---

[432] Para CALDERÓN CUADRADO, este planteamiento de RAMOS MÉNDEZ supone un claro riesgo de postergar y debilitar la tutela ordinaria en favor de la cautelar, especialmente en el supuesto de medidas solicitadas *ante causam*, cuando puede darse la situación de que, posteriormente, no se inicie el proceso declarativo principal. No obstante, reconoce que, desde el punto de vista del principio dispositivo, la formulación de RAMOS es intachable, pues nadie puede obligar a las partes a iniciar o continuar un proceso, si bien la exigencia de fianza previa supondrá un freno a peticiones espurias de medidas sin una intención real de iniciar un proceso principal posterior (vid. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas…*, ob. cit., págs. 81 y 82).

[433] En opinión de MANDRIOLI, C., "I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte" en *Rivista de Diritto Porcessuale*, núm. 3, 1986, págs. 667 y 668, abusar, en este sentido, de las medidas anticipatorias, y de la tutela cautelar en general, para resolver definitivamente conflictos, supone laminar la instrumentalidad como característica esencial de las instituciones procesales cautelares, por lo que la composición de la controversia no debería quedar encomendada a un mero instrumento del verdadero cauce para resolver la misma.

Entendemos que esta suplantación podría suponer una reducción en las garantías de los justiciables, por la diferente naturaleza de la cognición judicial que tiene lugar en el seno del procedimiento cautelar en comparación con la cognición más plena de los procedimientos declarativos[434]: la celeridad que caracteriza a la tutela cautelar, las menores posibilidad de prueba y la necesidad de que el grado de convicción judicial alcanzado sea menor para adoptar una medida cautelar que para poder emitir el fallo de una sentencia son, todos ellos, factores que pueden contribuir, eventualmente, a una merma en la calidad de la tutela obtenida a través de la vía cautelar.

En defensa de esta posible situación de riesgo, RAMOS MÉNDEZ entiende que, en realidad, no supone un verdadero problema el hecho de que, una vez obtenida la medida anticipatoria no se instaure un proceso por ninguna de las dos partes implicadas en el conflicto. Para RAMOS MÉNDEZ esto no es muestra sino de la «bondad de la medida: la actitud de las partes respecto del proceso principal no hace sino confirmar lo oportuno de la

---

[434] Vid., en este sentido, TARUFFO, M., "Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria" en *Páginas sobre justicia civil*, trad. Aramburo Calle, Madrid, 2009, pág. 276, se cuestiona que «si es cierto que existe un fuerte estímulo para recurrir a fórmulas de tutela sumaria, estímulo que está determinado por la ineficacia de la tutela ordinaria, ¿hasta qué punto es tolerable este fenómeno? Es decir: ¿en qué condiciones puede considerarse que este fenómeno es compatible con los principios que definen el modelo de lo ideal de proceso justo […]?», esto es, un proceso no solo con todas las garantías inherentes al mismo, sino también con un mínimo de calidad de la decisión final.

cautela»[435]. Esto es, si un conflicto de carácter jurídico puede solventarse a través de la vía cautelar sin necesidad de recurrir o continuar con la tutela jurisdiccional, ¿para qué continuar con un proceso en el que las partes no tienen ya interés o a través del cual entienden que no van a obtener una protección adecuada o suficiente a sus derechos?

Las argumentaciones favorables a esta orientación no se agotan en la anterior, proclive a la tutela anticipatoria en extremo, hasta el punto de aceptar sin mayor limitación o reserva que el conflicto jurídico subyacente pueda ser resuelto mediante la tutela cautelar, sino que, posteriormente, se ha sostenido la posibilidad de adopción de este tipo de medidas.

En este sentido, también al estudiar el posible contenido de las medidas indeterminadas del art. 1428 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, ORTELLS RAMOS se sitúa, en el debate sobre la finalidad que deben perseguir las medidas indeterminadas, a favor de la idea de asegurar la efectividad de la tutela judicial, más allá del mero aseguramiento de la ejecución, propio de la orientación restrictiva[436]. En su planteamiento,

---

[435] Así, RAMOS MÉNDEZ, "Las medidas cautelares indeterminadas…", ob. cit., pág. 78, donde adopta, podríamos decir, una perspectiva realista respecto de la solución del conflicto, sin considerar la mayor o menor corrección sistemática o técnico-jurídica de la solución propuesta. Incluso, pese a los posibles usos inadecuados que pudiera hacerse de esta institución, entiende el citado que los beneficios para el sistema y los justiciables son superiores.

[436] El propio ORTELLS RAMOS, M., "Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC", *Justicia*, núm. IV, 1989, págs. 61 y 62, reseña previamente la posición, que

señala que la orientación restrictiva no hace sino desconocer la realidad normativa procesal en nuestro país, puesto que ya en el ordenamiento se daban numerosos ejemplos de medidas cuyo contenido es de naturaleza claramente anticipatoria de los efectos de la tutela judicial definitiva[437]. Siguiendo con su razonamiento, entiende que estas formas de tutela no pueden dejarse fuera de la cautelar «porque tanto unas como otras son la respuesta al problema de los riesgos de la demora por la necesidad de desarrollo previo del proceso declarativo»[438], por lo que se apoya, sin

---

él mismo califica como restrictiva, de CARRERAS y alguno de sus seguidores, no siendo partidario de la misma por el alcance excesivamente restringido que confiere a este tipo de medidas, entendiendo que «el requisito de homogeneidad entre medidas cautelares y ejecutivas, unido a la insatisfactoria regulación en la que permanecen las últimas en cuanto a la ejecución específica por prestaciones de hacer, no hacer y dar cosa determinada, impedirá que el art. 1428 pueda servir ni siquiera para asegurar una ejecución específica por esa clase de prestaciones».

[437] Como ejemplo de lo expuesto, ORTELLS RAMOS, "Sobre las medidas cautelares indeterminadas...", ob. cit., págs. 62 y 63, cita, entre otras, algunas de las medidas provisionales en materia de familia y guarda y custodia de los hijos en procesos de divorcio; medidas para la protección del patrimonio de supuestos incapaces; la suspensión de acuerdos sociales impugnados, que imponen a los órganos de las entidades a actuar como si, efectivamente, el acuerdo no existiese por haber sido anulado; medidas para el cese de intromisiones aparentemente ilegítimas en la intimidad o lesivas de los derechos al honor y a la propia imagen; o, finalmente, medidas de cesación de actividades que violen derechos de propiedad intelectual e industrial. En un sentido similar, de considerar estas previsiones legislativas como argumentos favorables a la admisión de las medidas anticipatorias, vid. RAMOS MÉNDEZ, "Las medidas cautelares indeterminadas…", ob. cit., pág. 78 y RAMOS MÉNDEZ, "Comentario al art. 1428", ob. cit., pág. 689.

[438] Así, ORTELLS RAMOS, "Sobre las medidas cautelares indeterminadas…", ob. cit., pág. 63. En esta ocasión, ORTELLS RAMOS sí se muestra abiertamente partidario de considerar este tipo de medidas como parte de la tutela cautelar, cuando, en dos trabajos anteriores evitaba pronunciarse tanto a favor como en contra de dicha clasificación. Vid. ORTELLS RAMOS,

dudarlo, en el fundamento que CALAMANDREI señalaba para la tutela cautelar, esto es, atajar los riesgos que se generan por el necesario desarrollo temporal del proceso principal[439].

Para ORTELLS, el contenido del antiguo art. 1428 LEC/1881 era claramente favorable a la inclusión de la tutela anticipatoria dentro de la tutela cautelar, puesto que el precepto se refería a las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia, lo cual cubre «por descontado, lo anterior [asegurar la efectividad de los actos ejecutivos legalmente previstos], pero supone también que se proteja la sentencia frente a los riesgos que impidan que la ejecución se desarrolle en condiciones de plena utilidad para el que acabe por ser reconocido como titular del derecho»[440].

La efectividad debe entenderse, por tanto, como la posibilidad del cumplimiento específico de las resoluciones judiciales en la medida que supongan la adecuada satisfacción de la parte vencedora en juicio[441],

M., "Problemas del proceso de alimentos provisionales", *Justicia*, núm. III, 1982, págs. 11 y 12; *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, págs. 31-34.

[439] Cfr. CALAMANDREI, *Introducción al estudio*…, ob. cit., págs. 42 y ss.

[440] Vid. ORTELLS RAMOS, "Sobre las medidas cautelares indeterminadas…", ob. cit., pág. 64.

[441] En este sentido, RAMOS MÉNDEZ, "La eficacia del proceso", ob. cit., pág. 110, quien, abundando en la cuestión, afirma que «en fin, la ejecución debe ser completa y total, hasta proporcionar al ejecutante todo lo que la resolución jurisdiccional le ha dado. Solo en este momento la tutela jurisdiccional será efectiva, de verdad».

siguiendo, en consecuencia, la previsión constitucional del art. 118 CE («es obligatorio cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales»), así como lo previsto en el art. 18.2 LOPJ («las sentencias se ejecutarán en sus propios términos»).

Apoyándose en estas ideas, ORTELLS entiende que limitar de manera excesiva las medidas posibles supondría dificultar la ejecución de algunos tipos de condena, en concreto, aquellas que consistan en obligaciones de hacer o no hacer o se refieran a derechos que no son de contenido patrimonial[442], en las que la posible indemnización no satisface completamente los intereses del titular del derecho afectado. Si, finalmente, las medidas disponibles a aquellas de contenido fundamentalmente patrimonial, como pueden ser el embargo preventivo, la intervención judicial de bienes litigiosos o similares, no quedarán adecuadamente

[442] Cfr. PROTO PISANI, A., "I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC." *Appunti sulla giustizia civile.* Bari, 1982, págs. 381-382. En este sentido, señala una serie de ejemplos de derechos sin carácter patrimonial, como pueden ser el derecho al nombre, el derecho a la intimidad y a la propia imagen, el derecho a la participación política o el derecho a la libertad de expresión; además, señala otro grupo, como son los derechos de contenido patrimonial, pero con *función no patrimonial*, esto es, permiten a su titular el disfrute de una situación de libertad o la satisfacción de necesidades básicas, que no pueden ser satisfechas de otra manera. Sirvan, como ejemplo, el derecho a la reincorporación a su puesto del trabajador ilegalmente despedido –indemnizar al mismo no compensa todos los perjuicios que supone la pérdida del puesto y tampoco restituye otros derechos derivados del puesto de trabajo– o el derecho al uso de un servicio público esencial –esto es, por ejemplo, si una persona no puede acceder al servicio eléctrico o telefónico, dicha falta de acceso no puede compensarse con una mera indemnización, pues la compensación monetaria no elimina todos los perjuicios de la indisponibilidad del servicio público.

protegidos aquellos derechos de los justiciables que no tengan un contenido estrictamente patrimonial o que pueda ser satisfecho con una compensación o indemnización de carácter pecuniario. Incluso, como señala PROTO PISANI[443], habrá derechos de función y contenido patrimonial que no queden adecuadamente protegidos por las medidas cautelares.

Por tanto, concluye el razonamiento ORTELLS, de conformidad con el art. 18.2 LOPJ y la necesidad de cumplir las sentencias en sus propios términos, será necesario un sistema de tutela cautelar amplio y progresivo, que permita asegurar la ejecución de toda clase de sentencias estimatorias y no reducir

---

[443] En este sentido, PROTO PISANI, "I provvedimenti…", ob. cit., págs. 383 y 384, señala la posibilidad de que los crecientes daños producidos por la insatisfacción del derecho del demandante durante el desarrollo del proceso supongan una diferencia notoria y excesiva entre el daño efectivamente sufrido y el daño resarcido por la sentencia, de manera que la satisfacción no pueda ser no ya plena, sino que, sencillamente, resulte ridícula en comparación con el daño real soportado en el derecho del demandante. Como posible ejemplo de esta situación, PROTO PISANI toma uno ya propuesto por ANDRIOLI, V., en *Commento al Codice al Codice de procedura civile,* vol. IV, Napoles, 1964, págs. 253 y ss., como son los supuestos de competencia desleal, en los que dicha conducta, en el caso de persistir, supone un constante y creciente incremento el daño producido en los intereses y derechos del demandante, de manera que, llegado el momento de dar satisfacción al derecho del vencedor, pueda resultar que la indemnización o compensación por los perjuicios causados sea manifiestamente inferior al perjuicio real. Para evitar esta situación, no bastará con una medida más tradicional o habitual, como el embargo preventivo, sino que será preciso algún otro tipo de medida diferente –por ejemplo, una que impida al demandado realizar, total o parcialmente, la actividad en concurrencia desleal—para mantener la indemnidad de la tutela judicial debida.

Entre nosotros, recoge este ejemplo ORTELLS "Sobre las medidas cautelares indeterminadas…", ob. cit., pág. 65, n. 61.

muchas de ellas a simples indemnizaciones sustitutorias, en ocasiones insuficientes[444].

Posteriormente, el mismo autor, en otras de sus aportaciones sobre la materia cautelar, ha recogido una clasificación propia sobre los diferentes tipos de efectos de las medidas cautelares que pueden adoptarse, incluyendo entre las mismas aquellas medidas que «pueden llegar a tener unos efectos innovativos o anticipativos de la satisfacción deducida en el proceso principal»[445], que van más allá de la mera conservación, adelantando la satisfacción de los derechos e intereses del solicitante antes de la resolución de la controversia por la sentencia.

Sin embargo, reconocer y aceptar la existencia de este género de tutela cautelar anticipatoria no debería suponer una autorización en blanco al órgano judicial para un uso excesivo e indiscriminado de las mismas. Si bien se reconoce el auge de este tipo de tutela, aupada por la degradación y aparente pérdida de eficacia de la tutela declarativa ordinaria, es necesario mantener, en opinión de ORTELLS[446], una posición restrictiva respecto de

---

[444] Cfr. ORTELLS "Sobre las medidas cautelares indeterminadas…", ob. cit., pág. 66

[445] Vid. ORTELLS RAMOS, M. "Cuestiones generales" en ORTELLS RAMOS, M., y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español,* Granada, 1996, pág. 20.

[446] Vid. ORTELLS, "Cuestiones generales…", ob. cit., pág. 20, cita algunos supuestos de medidas de carácter anticipativo recogidas expresamente en las Leyes, como pueden ser los alimentos provisionales de cargo del demandado en los procesos de filiación (antiguo art. 128,

a su empleo, de manera que este tipo de medidas anticipativas no se usen de manera indiscriminada y excesiva, excediéndose el órgano judicial en sus poderes en el otorgamiento de la tutela cautelar.

Con la nueva regulación introducida por la LEC/2000, ORTELLS entiende que no es posible negar la existencia de medidas cautelares de efectos innovativos y que alcancen a satisfacer, aunque solo sea parcialmente, la pretensión deducida en el proceso principal[447]. De todos los argumentos

---

pár. II C.c., derogado por la LEC en 2000), pero entiende que deben contemplarse como supuestos excepcionales, aunque sin negar su condición de medidas cautelares, siempre que mantengan la nota de instrumentalidad respecto del proceso principal que, en su opinión, caracteriza decisivamente a las medidas cautelares. Cualquier exceso en este sentido deberá configurarse, preferiblemente, como un proceso sumario autónomo, otra técnica posible para dar soluciones céleres ante la tardanza del proceso principal.

Esta idea de los procesos sumarios para cubrir el riesgo de algunos tipos de *periculum in mora* que requieran una intervención más allá de los confines y las posibilidades de los procesos cautelares, parece tomada de FAIRÉN GUILLÉN, V., "Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo" en *Temas del Ordenamiento Procesal,* Tomo II, Madrid, 1969, págs. 826 y 827, para el cual, mediante estos procesos sumarios, con la mayor celeridad posible, se plantea aquella parte del litigio cuya resolución permite atajar ese peligro, sin considerar el resto de posibles elementos de la cuestión controvertida, y resolviendo únicamente uno de sus elementos, sin agotar totalmente el litigio. Esta concepción toma, a su vez, las ideas de CALAMANDREI, *Introducción al estudio*…, ob. cit., págs. 38 a 40, de que la diferencia entre los procesos sumarios y los cautelares no está en el fin instrumental de los segundos, de manera que, pese a algunas posibles semejanzas en la similitud de su formación, su finalidad es completamente diferente.

[447] Vid. ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares,* Madrid, 2000, pág. 144, se refiere a la posibilidad de adoptar medidas de «efectos innovativos de la situación existente al plantearse el litigio», si bien, con el término innovativo no se refiere a los efectos nuevos que toda medida cautelar tiene sino a «unos efectos que trasciendan de la conservación de la situación existente al plantearse el litigio, e innoven esa situación en el sentido de imponer (en todo caso con la

esgrimidos, entendemos que el contenido del art. 726.2 LEC es el más claro para aceptar este tipo de tutela cautelar[448], por cuanto señala que los órganos judiciales podrán adoptar medidas de contenido semejante a aquellas de carácter definitivo que se pudiesen imponer en la sentencia. Como examinaremos más adelante, nos parece claro el reconocimiento de la posibilidad de medidas que anticipen, por lo menos parcialmente, parte de los efectos de una futura sentencia de condena, pero son paladinas, como

provisionalidad propia de las medidas cautelares) una satisfacción de la pretensión interpuesta en el proceso principal, que, extraprocesalmente, ni estaba siendo reconocida, ni satisfecha».

Este empleo del término *innovativo* entendemos que, en nuestra opinión, no coincide, con el sentido en que habitualmente ha sido utilizado por alguna doctrina anterior como, por ejemplo, DE LA PLAZA, M., *Derecho Procesal Civil español,* vol. II, Madrid, 1945, pág. 58, donde la idea de tutela cautelar innovativa se define por oposición a la conservativa. Esto es, las medidas de contenido innovativo sencillamente son aquellas capaces de «*producir una alteración* en una situación de hecho anterior, que facilite la consecución de los fines que el proceso persigue», pero no supone que se produzca necesariamente una anticipación de los efectos de la sentencia, como sí ocurre en las medidas anticipatorias. La influencia de CARNELUTTI en este punto es expresa, aunque este mismo acabó por no ser muy favorable a esta distinción o clasificación, por ser incierta e imprecisa, pues hasta medidas de carácter conservativo pueden implicar transformaciones del estado de las cosas, como ocurre en el caso de la remoción de la cosa embargada (vid. *Instituciones del nuevo proceso*…, ob. cit., págs. 63 y 64; también, en un sentido similar, pero con una traducción ciertamente confusa en *Instituciones del proceso civil*, vol. I, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1997, págs. 87 y 88).

[448] Vid. ORTELLS, *Las medidas cautelares,* ob. cit.*,* págs. 146 y 147. Otro argumento aportado en favor de la admisión de las medidas anticipativas de la tutela definitiva está en la modificación sufrida por el artículo 726.1 del Anteproyecto de LEC, que restringía únicamente al embargo preventivo el catálogo de medidas cautelares posibles cuando la pretensión fuese simplemente pecuniaria, limitación que fue eliminada durante el procedimiento legislativo.

así lo reconoce ORTELLS[449], las limitaciones que este precepto impone a la anticipación de la tutela como técnica de protección cautelar.

Actualmente, podemos afirmar que, entre la doctrina procesal dominante en nuestro país, se impone la orientación o postura de aceptar la existencia de medidas de contenido anticipatorio de la tutela definitiva[450].

3.3. Reconocimiento legislativo de la tutela cautelar anticipatoria

Una vez señalado el planteamiento doctrinal favorable a la inclusión de la tutela cautelar anticipatoria en el ordenamiento procesal civil español,

---

[449] Cfr. ORTELLS, *Las medidas cautelares,* ob. cit., págs. 148-150. De manera similar, el mismo en "La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000" en *Estudios de Derecho Judicial: La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, núm. 44, 2003, págs. 642-644.

[450] Por ejemplo, PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 2012, págs. 51 y ss., acepta las mismas, aun guardando cierta prudencia en cuanto a la amplitud e intensidad de sus efectos, pues «si bien es positivo que se permita la adopción de medidas cautelares satisfactivas cuando no exista otro medio de asegurar la efectividad de la sentencia, no se debe olvidar que el afectado por la adopción de la medida cautelar […] aún no ha sido condenado y que obligarle a soportar unas medidas tan extraordinarias puede ocasionarle un perjuicio irreparable que puede demostrarse infundado».

Por su parte, BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares en el arbitraje*, Cizur Menor, 2006, pág. 96, 100-102, aunque reconoce la posibilidad de la adopción de medidas que anticipen el contenido de la decisión definitiva, se muestra crítica y escéptica ante la posibilidad de un uso desviado de la misma, que ignore la característica esencial de la instrumentalidad, empleando la técnica cautelar para dar soluciones provisionales en lugar de la más adecuada del proceso sumario.

debemos interesarnos por aquellos datos normativos que nos permitan distinguir manifestaciones de la tutela cautelar con ese carácter o nota de anticipatorio.

A nuestro entender, varios preceptos permiten afirmar y sostener, en concordancia con lo anteriormente expuesto, que es posible la adopción de medidas cautelares que anticipen, al menos en parte, el potencial contenido de una sentencia estimatoria de condena en favor del demandante. Aunque ninguna norma señala explícitamente la posibilidad de adoptar una medida de este tenor apoyamos esta afirmación en la existencia tanto de disposiciones generales que permiten sostener tal interpretación[451], como de previsiones de manifestaciones concretas de tutela cautelar que, analizadas, muestran un contenido claramente anticipatorio de una posible sentencia de condena.

Los antecedentes de este tipo de normas son escasos y de interpretación forzada o dudosa, a nuestro entender. En la doctrina anterior a la Ley de

---

[451] Como señala VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "La configuración de las medidas…", ob. cit., pág. 671, al criticar con dureza tanto el texto del Borrador como del Anteproyecto por considerarlo erróneo, insuficiente y hasta retrógrado desde un punto de vista doctrinal y legislativo. Por ello, «en consecuencia con su punto de arranque, el Anteproyecto puede admitir para regular ciertas medidas cautelares normas en blanco que faciliten su adopción, pero no puede reconocer un derecho genérico de cautela como se ha demandado en la doctrina». Estas apreciaciones pueden ser trasladadas, *mutatis mutandis*, al texto vigente de la LEC, de manera que, con ciertas normas de carácter abierto se establece una relativa flexibilidad que permite incluir formas de tutela cautelar que no aparecen expresamente recogidas.

Enjuiciamiento Civil de 2000, como hemos señalado en páginas anteriores, el art. 1428 parecía la puerta de entrada a medidas que no fueren estrictamente conservativas. Junto a este precepto, debemos incluir el art. 27 de Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 16 de septiembre de 1835[452] que, en palabras de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «adecuadamente retocado, brinda unas perspectivas de actuación cautelar sobremanera elásticas»[453].

[452]El texto del art. 27 del Reglamento provisional de 1935 dice: «si la demanda ante el juez de paz fuere sobre retención de efectos de un deudor que intente substraerlos , o sobre algún otro punto de igual urgencia, y el actor pidiere a dicho juez que desde luego provea provisionalmente para evitar los perjuicios de la dilación, lo hará éste sin retraso, y procederá inmediatamente al juicio de paz». Texto extraído del ejemplar escaneado disponible en http://biblioteca.cordoba.es/images/biblio-digit/1836_reglamento_provisional_administracion_justicia_ocr.pdf [última consulta 10 de abril de 2017].

[453] Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., "La reforma del enjuiciamiento civil español y el mundo procesal hispanoamericano" en *Estudios procesales*, Madrid, 1975, págs. 218 y n. 57. [originalmente publicado en *Revista de Derecho Procesal* española, núm. IV, 1966]. Teniendo en cuenta que, en escritos anteriores, ALCALÁ-ZAMORA no se mostraba partidario de una regulación autónoma de la tutela cautelar, es harto improbable que su intención al citar este precepto fuera la de señalar una manifestación de la tutela anticipatoria, pero en nuestra modesta opinión, podemos ver aquí una posibilidad de que el juez, con carácter provisional, para atajar un *periculum in mora*, anticipe una solución a la petición planteada por el demandante.

3.3.1. La ambivalencia de las disposiciones generales sobre la tutela cautelar en la LEC

Examinando detenidamente el contenido concreto de los artículos del Título VI del Libro III de la LEC puede estimarse que, aunque no explícito, sí se abre a la hipótesis de que un órgano judicial adopte este subgénero de la tutela cautelar. En este sentido, nuestra legislación se sitúa en coordenadas similares a las de otros Estados con ordenamientos afines al nuestro – Argentina o Italia, por ejemplo.

La primera de las posibles disposiciones que dan entrada a este tipo de tutela aparece en el primer artículo dedicado a las medidas cautelares. En efecto, señala el art. 721 LEC la necesidad de una previa instancia de parte para que puedan adoptarse «las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare». Como puede apreciarse, la redacción del artículo supera la versión propuesta en los textos prelegislativos[454], pues

[454] El artículo equivalente del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, que puede consultarse en el *Boletín del Información del Ministerio de Justicia*, suplemento al núm. 1832, de 1 de noviembre de 1998, es el 723, con el mismo rubro que el actual 721, *necesidad de instancia de parte*. Sin embargo, el texto del proyecto señalaba que las medidas deberán ser las «necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que se dictare». Esta concepción, como hemos apuntado anteriormente, fue criticada con dureza por VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "La configuración de las medidas…", ob. cit., pág. 671-672 y 677-679, porque tal fórmula limitaba excesivamente el posible contenido y alcance de la tutela cautelar, imposibilitando la adopción de medidas de carácter anticipatorio. En un sentido parecido, vid. ORTELLS RAMOS, M.,

se refiere al aseguramiento de la efectividad de la tutela, no simplemente al aseguramiento de la sentencia[455], por lo que, siguiendo a la doctrina mayoritaria en nuestro país, entendemos que la nueva formulación de la

"El procedimiento cautelar en el Anteproyecto de LEC" en PICÓ I JUNOY, J., *Presente y futuro del Proceso civil,* Barcelona, 1997, pág. 684.

Por otra parte, algún autor ha señalado que, en estos aspectos «la LEC tiene elementos suficientes como para entender que acoge una forma de entender las medidas cautelares clásica, circunscrita a su tradicional función de asegurar la ejecución de una eventual sentencia de condena. Pero, a la vez, hay también razones para entender que posibilita o "tolera" una forma más amplia y mucho más agresiva de concebir las medidas cautelares: la que entiende que, con la técnica de las medidas cautelares, puede adelantarse al inicio del procedimiento –a veces en su totalidad— la ejecución de la sentencia condenatoria que tal vez se dicte terminada» (vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., "Artículo 726" en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F. (Coords.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Barcelona, 2000, pág. 3260.

[455] No obstante, debemos señalar que, para otros, esta redacción que presentaba el Proyecto «acoge una concepción amplia de la tutela cautelar que incluye las cautelas homogéneas y anticipatorias», como afirma RIFÁ SOLER, "La ejecución y las medidas cautelares…", ob. cit., pág. 100. Sin embargo, a continuación, señala el propio RIFÁ SOLER que, si bien la incorporación de la tutela anticipatoria ha ampliado el ámbito de las medidas cautelares, aquella es de difícil encaje en el conjunto del sistema de tutela cautelar, pues esta debería estar dentro de la tutela sumaria por lo que «cabría cuestionarse la ubicación sistemática de estas últimas [las medidas de carácter anticipatorio] como apéndice de la ejecución forzosa» (pág. 103). No podemos más que discrepar de esta opinión, por dos motivos: en primer lugar, porque las medidas anticipatorias no son una forma de tutela sumaria, sino cautelar, pues su objetivo es preservar la eficacia de la tutela principal solicitada, y no dar una solución provisional o parcial a la cuestión planteada; en segundo lugar, porque al mayor o menor acierto sistemático de la LEC en situar las medidas cautelares en el mismo libro que la ejecución – aunque netamente diferenciadas— no es motivo suficiente, en nuestro modesto parecer, para afirmar que las mismas son un «apéndice de la ejecución forzosa», cuando parece estar más que consolidado el carácter autónomo de la tutela cautelar, como tercera forma de la tutela judicial junto a la declarativa y la ejecutiva.

función de las medidas cautelares permite considerar dentro de las mismas aquellas que anticipan parte del contenido de la sentencia[456].

La segunda de las disposiciones generales sobre materia cautelar que puede servir como anclaje a la anticipación cautelar de la tutela aparece en el artículo 726, dedicado a las características de las medidas cautelares. Al definir las notas de las medidas que el órgano judicial puede disponer en un proceso, estas deberán ser, en primer lugar, «exclusivamente conducente[s] a hacer posible la *efectividad de la tutela judicial* que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria». De este modo, el texto de la LEC parece acoger una concepción amplia y expansiva de las posibilidades de emplear medidas que anticipen el contenido de la tutela definitiva, si así fuese necesario, para garantizar que la misma no resultase vana e ineficaz[457].

Sin embargo, esta percepción de un sistema de tutela cautelar expansivo y favorable a la anticipación de los efectos de la resolución final se ve perturbada por la disposición contenida, inmediatamente después, en el

---

[456] Para un detalle más extenso sobre la cuestión, nos remitimos al apartado inmediatamente anterior de este trabajo. Por todos, PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso civil,* ob. cit., págs. 47 y ss.

[457] Por su parte, LORCA NAVARRETE, A.M., "Artículo 726", en LORCA NAVARRETE, A. M., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Valladolid, 2000, pág. 3839, entiende que este artículo permite la adopción de «cualquier tipo de tutela cautelar por el órgano jurisdiccional»

propio art. 726 LEC[458]. Aclara el segundo apartado del art. 726.2 LEC que las medidas señaladas podrán consistir en «órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso», inciso este que ha sido interpretado por algunos en el sentido de que «fuerza al máximo su instrumentalidad, acentuando su finalidad conservativa»[459]. Desde otra perspectiva, se ha señalado que «al mismo tiempo que autoriza las medidas satisfactivas, establece un criterio de carácter negativo o limitador»[460] de las

---

[458] Como bien señala CALDERÓN CUADRADO, M. P., "El nuevo régimen legal de las medidas cautelares o la difícil búsqueda de un justo equilibrio entre intereses contrapuestos", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2001, pág. 309, sobre la posibilidad de recabar tutela anticipatoria a través de las medidas cautelares previstas en la LEC, «es cierto que su tenor literal no resulta suficientemente claro, que la nota de similitud –no, por tanto, identidad— genera problemas interpretativos y parece limitar el contenido permitido de la cautela». Sin embargo, «la posibilidad de acodar tales órdenes y prohibiciones […] constituirá en ocasiones un adelanto de los resultados del proceso». En un sentido similar, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Las medidas cautelares" en DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Madrid, 2001, pág. 381.

[459] En este sentido, PEDRAZ PENALVA, E., "La tutela cautela en la Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. X, 2000, págs. 64 y ss. Para PEDRAZ PENALVA, el objetivo de este precepto es «evitar confusiones entre la satisfacción judicial alcanzable con la sentencia y la provisional, temporal y condicionada que puede derivar de la resolución cautelar» (págs. 64 y 65). Por su parte, RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Barcelona, 2008, pág. 522, señala que la LEC parece, en este punto, «temerosa de abrir la mano» a esta forma de tutela cautelar.

[460] Cfr. ORTELLS RAMOS, M., "La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000" en *Estudios de Derecho Judicial,* núm. 44, 2003, pág. 642. También, FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R., "Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil" en VVAA, *Estudios sobre la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil,* Barcelona, 2003, pág. 246,

mismas; otros entienden que se ha aceptado la posibilidad de la anticipación, sin ulteriores consideraciones sobre sus limitaciones[461]; o, finalmente, se ha señalado que con este añadido se requiere siempre la homogeneidad de la medida cautelar con la medida ejecutiva[462].

---

[461] En este sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., "Medidas cautelares y proceso cautelar", ob. cit., pág. 40, afirma que «el legislador, pues, ha otorgado carta de naturaleza tanto a las doctrinal y jurisprudencialmente denominadas *medidas cautelares conservativas o aseguratívas* […] como a las llamadas medidas anticipatorias (art. 726.2 LECiv), las cuales, […] no se encaminan a mantener el *status quo* inmanente al iniciarse el proceso sino a innovarlo, a modificarlo precisamente concediendo anticipadamente al solicitante de la medida cautelar […] aquello que solicita en el *petitum* de su pretensión que se imponga como condena al demandado».

[462] Así, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, "Artículo 726" en *Comentarios a la Nueva*… ob. cit., págs. 3266 y 3267. Debemos recordar, como señalamos en páginas anteriores que FERNÁNDEZ-BALLESTEROS parte de una concepción restrictiva y limitadora de la tutela cautelar, entendiendo que no debe sostenerse su autonomía y que deben ser un elemento de aseguramiento de la ejecución. Partiendo de estas ideas, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS señala que, con independencia de lo que el art. 726.2 LEC quisiera decir o no decir, *similar* no puede ser ni «aquello que es absolutamente diverso de otra cosa» ni, tampoco, «aquello que es absolutamente idéntico a otra cosa», por lo que concluye que las medidas cautelares que pueden adoptarse conforme a la LEC han de ser homogéneas con las medidas ejecutivas, debiendo preferirse siempre los mecanismos de tutela sumaria, antes que las medidas de carácter anticipatorio, para aquellos supuestos de imperiosa necesidad de tutela jurisdiccional.

En idéntico sentido, DAMIÁN MORENO, J., "Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares" en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. (Coords.), *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Madrid, 2000, pág. 150.

3.3.2. Formas concretas de tutela cautelar de contenido anticipatorio

Sin embargo, con independencia de la interpretación que se atribuya a este precepto, dentro del catálogo de medidas cautelares concretas previstas por la Ley de Enjuiciamiento Civil y el resto de normas materiales que contienen preceptos de naturaleza eminentemente procesal.

Así, dentro de la enumeración contenida en el artículo 727 LEC encontramos algunas manifestaciones indubitadas de medidas o concreciones de la tutela cautelar en las que se anticipa, en mayor o menor medida, el posible contenido de la sentencia condenatoria.

A) Órdenes judiciales cautelares de cesación provisional

Dispone el apartado 7º del art. 727 LEC la posibilidad de solicitar del órgano judicial la emisión de una orden para el cese provisional en una actividad, la abstención temporal de una conducta, prohibir temporal de interrumpir o cesar en la realización de una prestación que viniera realizándose[463].

[463] En otros ordenamientos procesales próximos al nuestro, como puede ser el argentino, esta medida también ha sido contemplada como una forma de tutela anticipada. Así, por ejemplo, ARAZI, R., "Tutela anticipada como medida cautelar innovativa", *Revista de Derecho Procesal (Rubinzal-Culzoni)*, núm. 2, 2009, pág. 175, señala que, como ejemplo, el caso en que «la tutela anticipatoria puede otorgarse como medida de no innovar; tal es el caso de que la pretensión principal del proceso sea que se ordene a la empresa prestataria de un servicio público esencial que se abstenga de suspender el suministro por falta de pago, y ello se ordena como medida cautelar de no innovar hasta tanto se resuelva en definitiva».

Se trata de una disposición que trae causa, siguiendo el entender de una parte de la doctrina[464], en los preceptos de naturaleza procesal contenidos en algunas de las normas mercantiles especiales sobre propiedad industrial, propiedad intelectual, competencia desleal o publicidad, promulgadas, en su mayoría, desde mediados de la década de 1980 hasta finales de la siguiente.

Efectivamente, en estas normas se contemplan diferentes medidas cautelares de contenido parejo o similar a las previstas en el art. 727.1.7º LEC. Como muestra, la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes, incluía, en su artículo 134.1º, como medida cautelar, «la cesación de los actos que violen el derecho del peticionario»[465]; o la Ley 34/1988, de 11 de noviembre,

---

[464] Cfr. TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., "Medidas cautelares de contenido negativo" en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), *Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., págs. 662 y 663.

Por su parte, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, "Art. 726", en *Comentarios*…, ob. cit., págs. 3260 y 3261, y nota 1, entiende que leyes como las de Patentes y Marcas, Competencias Desleal o Propiedad Intelectual se enmarcan en la tendencia de medidas cautelares, en su opinión más agresivas, más allá del mero aseguramiento de la ejecución, orientación que considera «muy extranjerizante», desconociendo, por tanto, las influencias e intercambios mutuos entre las doctrinas procesales de nuestro país y las de Italia e Iberoamérica, por ejemplo.

[465] Sobre la medida, vid. PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, ob. cit., pág. 188 y ss. También, CUCARELLA GALIANA, L.-A., *El proceso civil en materia de patentes*, Granada, 1999, págs. 488-491. Esta redacción original de la Ley de Patentes fue, posteriormente, modificada por la Ley 19/2006, de 5 de junio, incluyendo el inciso final de exigir indicios racionales que permitan inferir la inminencia de los actos de violación. Debe advertirse, sin embargo, que la actual norma ha sido sustituida el 1 de abril de 2017 por la nueva

general de la publicidad, que en su ya derogado art. 30.1.a) recogía la medida cautelar de cesación provisional de la publicidad ilícita[466]; o, finalmente, el art. 141.2 del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril), recogía, en su redacción primitiva, «la suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda»[467].

a) Carácter anticipatorio

La consideración de estas órdenes como medidas de contenido anticipatorio parece aceptada por diversos sectores de nuestro procesalismo[468], pero el

Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, que recoge, con idéntica redacción, esta medida en su art. 128.1.a).

[466] Cfr. BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*, Valencia, 1999, págs. 553 y 554.

[467] También citando la influencia sobre la legislación de propiedad intelectual en este precepto, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.- J. (con SEOANE SPIEGELBERG, J. L.), *Derecho Procesal Civil*, tomo II, 2ª ed., Santiago de Compostela, 2006, pág. 561.

[468] *Ad exemplum*, ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 142 y 143; del mismo autor, "La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años…", ob. cit., pág. 638; MARTÍN PASTOR, J., "Algunas reflexiones sobre la tutela cautelar frente a actos de competencia desleal", en *Diario la Ley*, núm. 6938, 5 de mayo de 2009, pág. 12, quien la califica sin duda como medida anticipatoria; MOSCOSO TORRES, P., "Medidas cautelares" en MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J. y LOSCERTALES FUENTES, D. (coords.), *Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, pág. 1457; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, "Art. 727", en *Comentarios*… ob. cit., pág. 3285, señala que este tipo de medidas desconocen la concepción conservadora de las medidas cautelares que recoge el artículo 726 LEC; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., "Artículo 727" en CORDÓN MORENO, F., *et al.* (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Pamplona, 2001, pág. 691; TORRES FERNÁNDEZ DE

examen que hagamos de este precepto no debe limitarse a una simple taxonomía.

Anteriormente a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, amplios sectores doctrinales clasificaban las posibles medidas cautelares que podía adoptar un órgano judicial según el tipo de derecho que se pretendía mediante la tutela declarativa principal[469]. Así, comúnmente, se partía de la idea de que «el mejor modo de clasificar los posibles tipos de procesos de aseguramiento concretos se encuentra poniendo en relación ese proceso con los distintos tipos de ejecución que se quieren garantizar»[470]. Partiendo de esta

SEVILLA, "Medidas cautelares del contenido negativo", en *Las medidas cautelares*, ob. cit., págs. 658 y ss.; o, finalmente, RUIZ DE LA FUENTE, M. C., *Las intimaciones judiciales en el proceso civil*, Barcelona, 2011, pág. 252, señala que «si la intimación judicial es aplicada en sede cautelar desplegando toda su fuerza coactiva, incluso es posible que el resultado de la medida en sí misma satisfaga la pretensión del solicitante».

[469] Por ejemplo, FAIRÉN GUILLÉN, V., *Sugerencias sobre el "Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Civil" de* 1966, Valencia, 1966, págs. 133-135, en su propuesta sobre cuál debería ser el contenido de la regulación de la tutela cautelar, clasifica las diferentes medidas según el tipo de obligación que pretenden asegurar. También, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., "Elementos esenciales…" en *El sistema de medidas cautelares*, ob. cit., págs. 18 y 19, donde señala la posibilidad de una clasificación de las medidas cautelares atendiendo al contenido de la obligación que, en último término, se pretende asegurar. Así, distinguirá entre medidas para asegurar obligaciones dinerarias, obligaciones de dar cosa mueble o inmueble, obligaciones de hacer y obligaciones de no hacer.

[470] Cfr. GUASP DELGADO, J., "El sistema de una Ley procesal civil hispano-americana", en *Revista de Derecho Procesal,* núm. 1, 1956, pág. 145; en todo caso, GUASP parte de que «el proceso cautelar tutela siempre la eficacia de algún proceso de ejecución futuro», aunque debemos señalar que, posteriormente, GUASP sigue una clasificación propia y particular de los procesos de ejecución (con clara influencia de CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil,* vol. I, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1997 (1941), págs. 78 a 81), desarrollada en

concepción, algunos trabajos recogieron la posibilidad de incluir intimaciones judiciales para asegurar prestaciones de hacer o no hacer[471] – aunque algunas voces se mostraron discordantes[472]– lo que finalmente se recogió en la LEC.

GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, vol. I, ob. cit., pág. 688, distinguiendo cuatro tipos: expropiativa, satisfactiva, transformativa y distributiva.

[471] Vid., FAIRÉN GUILLÉN, *Sugerencias sobre*…, ob. cit., pág. 114, donde se recoge la Base 82.5 del Anteproyecto de Ley de Bases que proponía incluir como medida cautelara para asegurar las prestaciones de hacer y no hacer las llamadas intimaciones judiciales. También, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, "Elementos esenciales…" en *El sistema*…, ob. cit., pág. 31, incluye la posibilidad de contemplar las intimaciones dentro de las medidas para cautelar las obligaciones de no hacer. Por su parte, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado*…, t. II, pág. 876, consideraba directamente el empleo de las multas coercitivas previstas entre las medidas ejecutivas. En otra línea, GUASP DELGADO, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, pág. 547, se muestra contrario a cualquier medida de carácter personal y se inclina por medidas estrictamente patrimoniales. Finalmente, HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, vol. 2, pág. 228, incluye, entre las medidas para asegurar obligaciones de hacer y no hacer algunos interdictos, aunque, significativamente, desplaza su estudio al capítulo de los juicios posesorios.

[472] Por ejemplo, CARRERAS LLANSANA, "Las medidas cautelares del art. 1428…", ob. cit., pág. 582, partiendo siempre de una concepción estricta de la homogeneidad entre medidas cautelares y ejecutivas, únicamente contempla el aseguramiento de bienes para una posible indemnización por incumplimiento, excluyendo expresamente medidas de naturaleza coercitiva.

b) Contenido de la medida. Diferencia con otras figuras afines

Respecto del contenido de la medida recogida en el art. 727.7º LEC, realmente nos encontramos ante tres medidas diferentes[473], lo que permite la adaptación del contenido de la orden judicial a las concretas necesidades de tutela de cada supuesto que se pretende proteger mediante la misma. Sin embargo, no creemos que este género o conjunto de medidas deba limitarse únicamente a aquellos procesos en los que se deduzcan pretensiones de condena de obligaciones de hacer o no hacer, como así parece que proponen algunos autores[474], sino que mediante estas puedan asegurarse también las ejecuciones dinerarias, pues no hay motivos reales para restringirlas si resultan útiles a las mismas[475]. Incluso, en nuestra modesta opinión, podrían ser medidas perfectamente adecuadas, en el sentido de adecuación como parte del necesario principio de proporcionalidad, para la garantía de la

[473] Vid. TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, "Medidas cautelares de contenido negativo" … ob. cit., pág. 665, sostiene que «la unificación de estas tres medidas en el mismo apartado del artículo 727 permite tratarlas en conjunto, pues, en efecto, las tres tienen una similar estructura y finalidad, cual es la imposición, cautelar, de un deber al demandado».

[474] En este sentido parece manifestarse, por ejemplo, BARONA VILAR, S. en MONTERO AROCA, J., *et al.*, *Derecho Jurisdiccional II*, 16ª ed., 2008, Valencia, pág. 687, entiende que «la cesación provisional de una determinada actividad se despliega como garantía de una situación jurídica que consiste en la tutela de una condena a un *facere*»; mientras que «la abstención temporal supone la tutela de un *non facere*».

[475] Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Barcelona, 2008, pág. 523, «no hay razón para restringir las órdenes o prohibiciones al campo de la ejecución no dineraria. Son asimismo útiles y posibles en supuestos de ejecución dineraria».

efectividad de sentencias meramente declarativas o constitutivas, una vez superada la visión restrictiva de la tutela cautelar[476].

En algún momento se ha intentado caracterizar esta medida cautelar dentro de la categoría de las intimaciones judiciales[477], esto es, un tipo de acto procesal consistente en la acción y efecto de requerir, a una determinada persona, para que haga u omita algo[478], aunque entendemos que la misma

---

[476] A favor de extender la posibilidad de la tutela cautelar para asegurar los efectos de sentencias constitutivas o meramente declarativas, ANDRIOLI, *Commento*…, ob. cit., vol. IV, pág. 260, pues, *a priori,* no puede excluirse en estos supuestos los posibles perjuicios que la duración del proceso puede causar en los intereses del actor. También lo recoge, PROTO PISANI, *Appunti*… ob. cit., pág. 388, donde afirma que es mayoritaria la doctrina que acepta esta posición. En un sentido similar, cfr. TOMMASEO, F., *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, pág. 256, entiende que respecto de estas pretensiones pueden darse comportamientos ilegítimos que, en último término, produzcan un daño injusto e irreparable.

Entre nosotros, igualmente, vid. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas*… ob. cit., págs. 124 y 125, recogiendo la postura anterior, se muestra favorable a la posibilidad de proteger pretensiones merodeclarativas o constitutivas, superando la rigidez de las concepciones dogmáticas que ya expusimos en páginas anteriores que abogaban únicamente por cautelar las pretensiones de condena, puesto que «no debemos olvidar que la duración del proceso, cuando lo deducido son pretensiones meramente declarativas o constitutivas, también es posible de producir perjuicios, en muchos casos irreparables, para la efectividad de la decisión final».

[477] Cfr. RUIZ DE LA FUENTE, M. C., *Las intimaciones judiciales*…, ob. cit., pág. 249.

[478] Esta definición corresponde a COUTURE, E. J., *Vocabulario jurídico*, 4ª ed., Buenos Aires, 2010, pág. 246. Este tipo de actos ha recibido diferentes denominaciones como, por ejemplo, interpelaciones (SERRA DOMÍNGUEZ, "Interpelación judicial", en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pág. 455 a 458) o requerimientos (CACHÓN CADENAS, M., "Embargo de bienes no inscritos a favor del ejecutado en el registro de la propiedad", *Justicia*, núm. IV, 1984, pág. 883).

no tiene mayor relevancia o repercusión sistemática[479]. Sin embargo, esta caracterización de la medida no debe confundirse con otras figuras afines o similares, pero perfectamente diferenciadas, como pueden ser las astricciones o *astreintes* del ordenamiento procesal francés o, también, el *contemp of court* de los sistemas procesales anglosajones.

En el primero de los casos, las astricciones, que despliegan su efectividad en el ámbito de la ejecución de obligaciones de hacer o de no hacer, suponen una sanción, de carácter pecuniario, por cada día de retardo en el cumplimiento de una obligación impuesta mediante resolución judicial[480] o por cada una de las conductas que violen lo dispuesto en la decisión del órgano judicial[481]. Desde algunos sectores doctrinales se ha propugnado la posibilidad de incluir estas llamadas *astreintes* dentro del catálogo de medidas cautelares, con objeto de asegurar pretensiones de hacer o no hacer

---

[479] Refiriéndose a las interpelaciones judiciales, SERRA DOMÍNGUEZ, "Interpelación…", ob. cit., pág. 455, entiende que el concepto no tiene mayor valor doctrinal y que únicamente induce a confusión. Sin llegar a tan categórica afirmación, tampoco encontramos especial utilidad a etiquetar estas órdenes como intimaciones judiciales.

[480] Así, ARAGONESES ALONSO, S., *Las «astreintes»*, Madrid, 1985, pág. 53.

[481] En este sentido, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Cuestiones de terminología procesal*, México DF, 1972, págs. 54 y 55, recoge el contenido del término francés *astreinte*, en el sentido señalado más arriba, señalando que, en nuestro país, ha sido recogida una figura similar en la *multa coercitiva* en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, entendiendo que el término más adecuado para trasladar al castellano el concepto de *astreinte* es el de *medida coercitiva*.

e, incluso, a las de dar cosa determinada[482], aunque dicha posibilidad ha sido rechazada por otros[483], basándose en el carácter idéntico, pero no homogéneo, que estas medidas tendrían con las medidas ejecutivas respectivas[484]. Para un tercer grupo, incluso, las entienden con una posible medida, de carácter anticipatorio, del resarcimiento de daños y perjuicios causados por la inobservancia de la orden judicial, aunque dicho daño aún no se haya delimitado y sea, por tanto, incierto[485].

---

[482] En este sentido lo propuso, en su momento, FAIRÉN GUILLÉN, V., "La reforma del proceso cautelar español", *Temas del ordenamiento procesal*, Tomo II, Madrid, 1969, págs. 928-930, 933-934 y 937, aborda la posibilidad de incluir las *astreintes* en el sistema de tutela cautelar, al incluirlo dentro del llamado poder general de cautela o potestad cautelar general, siempre con el límite de la adecuación de las medidas y atendiendo a que el solicitante no obtenga mediante ellas beneficios innecesarios ni se irroguen prejuicios desmesurados a la parte contraria.

[483] Por ejemplo, GUASP DELGADO, "El sistema de una Ley procesal…", ob. cit., pág. 145, se opone a lo anterior, al entender que «admitir un régimen de compulsiones precautorias de tipo personal, como serían […] las astricciones […] no resolvería el problema y probablemente haría retroceder a nuestra legislación». En otro lugar, (*Derecho Procesal Civil,* vol. II, 4ª ed., 1998, pág. 546) se opone frontalmente a este tipo de medidas de coerción, por tratarse de «medidas de carácter personales, directas o indirectas» que «chocaría[n] con el espíritu de nuestro derecho positivo, que no admite, sino en rarísimas y taxativas excepciones, y aun así discutibles, una ejecución futura sobre la persona y no sobre el patrimonio del ejecutado» entendiendo que si la ejecución principal no lo es, «la ejecución anticipada en que un proceso cautelar se mueve siempre no parece que pueda ser tampoco de carácter personal y no patrimonial».

[484] Cfr. CARRERAS LLANSANA, "Las medidas cautelares del art. 1428…", ob. cit., pág. 576.

[485] En ese sentido, por ejemplo, MICHELLI, G. A., *Derecho Procesal Civil,* vol. III, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1970, pág. 405

Sin embargo, nuestra postura se inclina por encuadrar este tipo de medidas coercitivas en una categoría diferente a la tutela cautelar. No debe llevarnos a confusión el dato de la posible instrumentalidad respecto de una resolución judicial o sentencia[486]. El elemento decisivo para descartar el carácter cautelar de este tipo de medidas está en que la *astreinte* no comparte el requisito del *periculum in mora* propio de la tutela cautelar. Esto es, las *astreintes* no tienen la misma finalidad que las medidas concretas que se integran en la idea de tutela cautelar, pues no se pretende con aquellas evitar que la sentencia disminuya en su efectividad por el paso del tiempo necesario para la formación de dicha sentencia[487]. Las *astreintes* suponen, en realidad, un mecanismo para reforzar la posición y autoridad de la jurisdicción, como medio para atajar o minimizar la posibilidad de incumplimiento de las resoluciones jurisdiccionales. Equipararlas a una forma de tutela cautelar tendría el mismo sentido que incluir en esa categoría a delitos que castigan conductas que suponen un incumplimiento de resoluciones judiciales, como pueden ser los delitos de desobediencia (art. 410 del Código Penal) o de quebrantamiento de condena (art. 468 del Código Penal). Al igual que ocurre con las *astreintes*, estos delitos sirven, entre otras cosas, para garantizar y reforzar el cumplimiento de las resoluciones jurisdiccionales, pero sería un exceso afirmar que las mismas

[486] Como señala ROCCO, *Tratado de Derecho Procesal*, t. V, ob. cit., pág. 63

[487] Vid. ARAGONESES ALONSO, *Las «astreintes»*, ob. cit., pág. 79.

suponen medidas de carácter cautelar, porque su fin último no es preservar la eficacia de la decisión final judicial frente al lapso de tiempo necesario para el desarrollo del proceso —finalidad última que protege la tutela cautelar— sino la propia existencia y autoridad de la jurisdicción.

Por su parte, bajo la denominación *contempt of court* o *contempt power*[488], se comprenden diversos fenómenos, de los cuales puede distinguirse el *civil contempt* del *criminal contempt*[489]. El *civil contempt* tendrá por objetivo, de manera similar a lo que hemos señalado para la *astreinte*, constreñir a la parte a observar una prohibición o mandato judicial bajo la amenaza de diversas sanciones por su incumplimiento, pudiendo llegar incluso a la limitación de la libertad personal del obligado mediante su detención.

Sin embargo, dentro del orbe jurídico anglosajón, la medida prevista en el art. 727.7º LEC presenta mayores similitudes o concomitancias[490] con las

---

[488] Sobre la terminología, vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Cuestiones*…, ob. cit., pág. 70 precisa que habitualmente la doctrina no anglosajona confunde las ideas de *contempt of court* y de *contempt power*, en tanto que la primera de ellas hace referencia a la conducta de desacato o menosprecio al órgano judicial mientras que la segunda, designa el poder de dicho órgano para sancionar e imponer medidas que sancionen o disciplinen ese tipo de conductas.

[489] Recogen, entre otros, esta distinción, HAZARD JR., G. C. y TARUFFO, M., *La justicia civil en los Estados Unidos*, trad. Gascón Inchausti, Cizur Menor, 2006, pág. 228. También en DE FRANCHIS, F., *Dizionario giuridico*, vol. I, Milano, 1984, pág. 532

[490] Así, por ejemplo, en GILSANZ USUNAGA, J., *El proceso civil estadounidense: la tutela judicial cautelar,* Cizur Menor, 2010, págs. 431-432, donde sostiene que la medida prevista en el art. 727.7º y la de la regla 65 de las *Federal Rules* son prácticamente equivalentes.

conocidas como *temporary restraing orders* (habitualmente abreviadas como TRO), contenidas en el art. 65.(b) de las *Federal Rules of Civil Procedure*[491]. Las TRO han sido entendidas[492] como remedios o soluciones adecuadas a aquellos supuestos en los que el perjuicio de los derechos e intereses del demandante no puede ser adecuado o totalmente compensado con una posterior indemnización pecuniaria, imponiendo a una de las partes una obligación de abstenerse de realizar una conducta determinada, bajo el apercibimiento de diversos tipos de sanciones, con una duración temporal determinada[493].

c) La ejecución de esta forma de tutela cautelar

Cuestión diferente, y de enorme interés, sería la posibilidad de que este tipo de medidas coercitivas fueran adecuadas para la ejecución y cumplimiento de una medida cautelar previa adoptada al amparo del citado art. 727.7º

[491] El texto actualizado del mencionado código legislativo federal estadounidense puede consultarse en http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf [última visita, 1 de marzo de 2017].

[492] Cfr. NUSSBAUM, B. J. "Temporary Restraining Orders Preliminary Injunctions-the Federal Practice", *Southwestern Law Journal*, núm. 26, 1972, págs. 266, señala esta institución como una «interim forms of relief», de manera que se emplean para evitar daños irreparables mediante la interrupción de una conducta o su evitación.

[493] Vid. GILSANZ USUNAGA, *El proceso civil estadounidense*…, ob. cit., págs167 y ss.

LEC[494]. Esto es, que la *astreinte* sirva como medida para asegurar la ejecución y efectivo cumplimiento de la orden emitida para la tutela cautelar. En este sentido, debemos recordar que, en nuestro ordenamiento, el auto mediante el que se adopte una medida cautelar no deja de ser un título ejecutivo, subsumible en el supuesto del art. 517.2.9º LEC[495].

Por ello, para la ejecución de estas órdenes de prohibición, un buen número de representantes de nuestra doctrina, partiendo de las primeras normas civiles materiales que recogieron medidas cautelares de esta naturaleza[496],

---

[494] Esta posición ya la sostuvo FAIRÉN GUILLEN, *Sugerencias sobre el «anteproyecto*…, ob. cit., pág. 123

[495] En este sentido, ORTELLS RAMOS, *Las medidas* cautelares, ob. cit., pág. 321; GARBERÍ LLOBREGAT, "Medidas cautelares y proceso cautelar", ob. cit., pág. 101; ORTIZ PRADILLO, J. C., *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Madrid, 2006, pág. 253. Sin referirse expresamente al citado precepto, RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, tomo I, ob. cit. pág. 575 y PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, ob. cit., pág. 259, entienden que el art. 738 LEC que se ocupa de algunas especialidades en la ejecución de medidas cautelares es innecesario y que bastaría con remitirse a las normas generales sobre ejecución de autos.

[496] Por parte de algunos como ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares,* ob. cit., pág. 337, se ha señalado que ya la derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, recogía en su art. 45.4 la posibilidad de imponer multas coercitivas para garantizar el cumplimiento de lo que la Ley denominaba, impropiamente, *medidas cautelares*. Sin embargo, entendemos que dicho ejemplo no es ajustado y pudiera, eventualmente, inducir a error por cuanto las supuestas medidas cautelares no dejan de ser sino manifestaciones de la autotutela de la Administración Pública (vid. BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Santander, 1995, pág. 105, donde señala que estas medidas son una vertiente más de la autotutela decisoria de la Administración), puesto que las mismas son adoptadas por un órgano, el Tribunal de Defensa de la Competencia que, pese a llevar el apelativo de Tribunal, se trata de un órgano de naturaleza administrativa, no

contemplaban o admitían la posibilidad de imponer multas y medidas de carácter coercitivo para garantizar su cumplimiento, en procesos sobre competencia desleal[497], patentes[498], marcas[499] o publicidad[500].

jurisdiccional, como reconoce la propia Exposición de motivos (pár. V) de la Ley 16/1989. Sin embargo, otros como PÉREZ DAUDÍ, "Las medidas cautelares", *Instituciones*…, tomo III, ob. cit., pág. 664, recogían este ejemplo, pero manifestaban expresamente su carácter administrativo, no procesal.

[497] En este sentido, refiriéndose a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BARONA VILAR, S., *Competencia desleal*, Valencia, 1991, pág. 142, señala que «es necesario hacer uso de medios instrumentales que hagan eficaz el cumplimiento de las medidas cautelares: ejecución a costa del demandado, indemnización sustitutoria, apercibimiento»; también BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Granada, 1998, págs. 399-401, plantea, adicionalmente, la posibilidad de emplear, de forma analógica las medidas que recogía al anterior Ley de Defensa Competencia, si bien la rechaza, por entender que, al estar configuradas como sanciones, el supuesto de hecho de las mismas tiene que estar sujeto al principio de legalidad y no puede extenderse por analogía.

[498] Cfr. PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en los procesos de propiedad industrial*, ob. cit., págs. 188-193, quien sugiere diferentes medidas técnicas que pueden servir para garantizar la efectividad de las órdenes de cesación en el marco de las patentes y modelos de invención.

[499] Vid. BARONA VILAR, S., *Protección del derecho de marcas (aspectos procesales)*, Madrid, 1992, pág. 127, donde recoge una posición esencialmente similar a la de la obra de la misma citada en nota anterior; PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en los procesos de propiedad industrial*, ob. cit., págs. 193-195

[500] Cfr. BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*, Valencia, 1999, págs. 589 y 599, señala que, para la efectividad de la medida cautelar, «se necesitará contar con la colaboración del sujeto pasivo soportante de la medida, y, si este no lo hiciere habrá que acudir a los medios coercitivos que permitan la ejecución de la resolución cautelar. A estos efectos puede contarse con los medios generales conocidos en derecho: ejecución a costa del demandado, indemnización sustitutoria, apercibimientos».

Ya bajo el marco de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se han planteado diferentes posiciones u opciones sobre las medidas adecuadas para hacer efectivo el cumplimiento de las resoluciones cautelares consistentes en una orden de prohibición.

Por una parte, se ha entendido que la remisión contenida en el art. 738.1 LEC al empleo de los medios necesarios para hacer efectivo su cumplimiento, incluyendo, entre ellos, aquellos previstos para la ejecución de sentencias, llevaría a una aplicación por remisión del art. 699 LEC y, por consiguiente, una aplicación de las reglas propias de la ejecución no dineraria[501]. Esta remisión, supondrá, por tanto, la aplicación de las normas para la ejecución de sentencias cuyo contenido sea una condena de entrega de cosa distinta a una cantidad de dinero, así como de obligaciones de hacer o no hacer. Entendemos que esta remisión no significa que las medidas cautelares del art. 727.7º LEC deban limitarse únicamente al aseguramiento

[501] En este sentido, ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 337; también, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, "Medidas cautelares de contenido negativo", ob. cit., pág. 673; FERNANDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, "Art. 738" en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* ob. cit., pág. 3352; VALLS GOMBAU, J. M., "Unificación del procedimiento cautelar", en *Cuadernos de Derecho Judicial: las medidas cautelares y los recursos*, núm. X, 2000, pág. 333, aunque literalmente se refiera a «las reglas de los arts. 669 ss. LEC», no es más que una errata, siendo fácilmente deducible por lo expuesto en esa página y sucesivas que, propiamente, se refiere al art. 699 LEC y siguientes. Otros, como ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 273, directamente se remiten a los art. 706 a 710 LEC, que contienen las medidas ejecutivas para los supuestos de condenas con obligaciones de hacer o no hacer.

de la efectividad de este tipo de sentencias, sino que, por su contenido, se trata de las normas de ejecución que mejor se ajustan a lo que se puede disponer cautelarmente en estas órdenes de prohibición[502].

Esencialmente, el art. 699 LEC dispone que en el auto de despacho de la ejecución incluirá un requerimiento al ejecutado, para que, en el plazo que estime el órgano judicial, cumpla en sus propios términos lo dispuesto en la resolución judicial, pudiendo incluirse el apercibimiento de empleo de apremios personales o multas pecuniarias[503].

El traslado de esta norma a la ejecución del tipo de medidas cautelares que nos ocupa requiere una serie de precisiones o matizaciones para adecuar el contenido del mismo a la realidad, principios y función de la tutela cautelar, que no son, necesariamente, los mismos que los de la ejecución. En este sentido, en primer lugar, debe de recordarse el dato fundamental de que la medida cautelar se ejecutará de oficio, inmediatamente después de su

---

[502] Como señala GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, 2ª ed., Cizur Menor, 2007, pág. 1341, la idea sobre la que gravitan las medidas de la ejecución de obligaciones de hacer y no hacer es que, una vez puestas en práctica, conduzcan a la efectiva realización, omisión o continuación de la conducta obligada.

[503] Sobre la cuestión, *in extenso*, vid. MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo II, Valencia, 2004, pág. 2005; y CACHÓN CADENAS, M., *Apuntes de ejecución procesal civil*, Bellaterra, 2011, pág. 91.

adopción[504], algo ya recogido en el propio art. 738.1 LEC, como primera especialidad en la ejecución de medidas cautelares, intentando con esta inmediatez que no se frustre el fin de aseguramiento de la tutela que se busca con la institución cautelar[505]. Por lo tanto, no será necesaria la emisión de un auto diferenciado para el despacho de la ejecución de la tutela cautelar[506] y, por su parte, el plazo que deberá conceder el juez para el cumplimiento de la orden cautelar deberá reducirse a la mínima expresión posible, cuando no eliminarse completamente[507].

---

[504] Vid. PÉREZ DAUDÍ, "Las medidas cautelares", *Instituciones*… ob. cit., pág. 663; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, t. I, pág. 575; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Civil*, t. II, ob. cit., pág. 570; ORTELLS RAMOS, "La tutela cautelar y su práctica…", ob. cit., pág. 672.

[505] Así, por ejemplo, REGADERA, J. M., "Propuestas de mejora del procedimiento de adopción de medidas cautelares en el proceso civil" en UREÑA GUTIÉRREZ, P., *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Madrid, 2004, pág. 153, señala que «es fácilmente entendible si se tienen en cuenta las particularidades del proceso cautelar, […] evitando la actividad del demandado que pueda tender precisamente a hacer pírrica la vitoria del demandante en el procedimiento principal».

[506] En este sentido, ORTELLS RAMOS, "La tutela cautelar y su práctica…", ob. cit., pág. 673.

[507] Teniendo en cuenta que la opinión está formada principalmente desde la óptica de la ejecución de sentencias, FRANCO ARIAS, J., "Ejecución no dineraria: disposiciones generales, ejecución por deberes de entregar cosas y por obligaciones de hacer y no hacer" en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Instituciones del nuevo proceso civil*, vol. III, Barcelona, 2000, pág. 466, cuestiona la exigencia y necesidad tanto del requerimiento como del plazo, especialmente en aquellos supuestos en los que pueda resultar contraproducente para la efectividad de la ejecución. En una postura más moderada, ESCALER BASCOMPTE, R., "La ejecución de sentencias no dinerarias en sus propios términos: una muestra jurisprudencial de la confusión existente. Análisis del Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 de septiembre de 2001", *Justicia,* núm. 1-2, 2004, pág. 385, afirma que «sin llegar al extremo de

Por otra parte, consideramos indispensable que el propio auto que acuerde la medida cautelar incluya ya la previsión de los posibles apercibimientos para garantizar su propio cumplimiento. Podría ser un error, en nuestra modesta opinión, dar cierto margen o posibilidad de incumplimiento al cautelado, por cuanto ese mínimo resquicio podría frustrar la efectividad de la tutela cautelar y, en última instancia, la de la tutela principal a la que sirve de garantía y protección.

El contenido de las medidas y apercibimientos posibles aparece, también, pormenorizado en las normas sobre ejecución de sentencias condenatorias a obligaciones de hacer o no hacer (arts. 706 a 710 LEC). Entre las actuaciones posibles se contempla la encomienda del hacer a un tercero a costa de un deudor, la imposición de multas coercitivas periódicas hasta que se realice la obligación, la indemnización pecuniaria y, finalmente, el apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia si se ignorase la orden judicial[508].

---

postular su supresión, se entiende que el término adicional que se ofrezca al ejecutado deberá ser el estrictamente necesario puesto que al ser conductas fungibles, debe facilitarse al ejecutante que pueda optar por alguna de las medidas subsidiarias al incumplimiento del requerimiento, previstas en el art. 706 LEC, como son encargar la prestación a un tercero a costa del ejecutado o reclamar daños y perjuicios».

[508] En contraste, la situación previa a la LEC de 2000 se caracterizaba por la escasez e incompletitud de la regulación, que apenas prestaba atención a la ejecución de este tipo de obligaciones. Por todos, vid. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II, ob. cit., pág. 835.

Respecto de la primera medida, la encomienda a un tercero a costa del obligado cautelarmente queda reservada para aquellas obligaciones que no tengan un carácter personalísimo[509], como así recoge el art. 706 LEC. Este tipo de medida ejecutiva podrá ser útil en los casos de orden de prohibición temporal de interrumpir o cesar una prestación que se estuviera realizando, por ejemplo, el suministro de un determinado bien o servicio[510].

Por el contrario, en el caso de que la obligación impuesta por la decisión cautelar del órgano judicial tenga un carácter personalísimo[511], esto es no

---

[509] Entiende NADAL GÓMEZ, I., "Artículo 706" en CORDÓN MORENO, F., *et al.* (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, págs. 600 y 601 que corresponderá al órgano judicial la consideración del carácter personalísimo o no de una obligación, esto es, de su fungibilidad, aunque no descarta la posibilidad de que el ejecutante de la medida se dirija al tribunal para manifestar que la obligación tiene naturaleza personalísima, pasando así al ámbito aplicativo del art. 709 LEC, previsto para ese otro tipo de obligaciones.

[510] Cfr. ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 273.

[511] El carácter personalísimo de una obligación, si atendemos a la doctrina civilista clásica, queda establecido cuando «valor de la prestación *depende de la persona del que la hace,* por ejemplo, la ejecución de una obra artística», como señala ENNECCERUS, L., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. 1º, trad. Pérez González y Alguer, 2ª ed. española (35ª alemana), Barcelona, 1954, pág. 119. Entre nosotros, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo III, 17ª ed., Madrid, 2008, pág. 186, entiende como obligaciones personalísimas «las que ponen en juego cualidades irreductiblemente individuales del deudor». Por su parte, también CARNELLUTTI, F., *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, ob. cit., pág. 573, al exponer el proceso de ejecución, por él denominado, de *transformación forzosa*, señala que la obligación de hacer «se distingue en *fungible* e *infungible*; cuando es indiferente la persona encargada de la obra».

fungible, no realizable por persona diferente a la del obligado por la medida, deberá atenderse a las disposiciones previstas en el art. 710 LEC[512].

Sin embargo, en nuestro parecer, estas dos previsiones puede que no resulten, finalmente, las más adecuadas vías para garantizar la efectividad de lo previsto en la disposición cautelar[513]. Del examen de los artículos 706 y 709 LEC puede observarse que todas estas medidas de carácter ejecutivo requieren, para poder desplegar sus efectos, el desenvolvimiento de una serie de trámites y actuaciones, cuya posible prolongación en el tiempo, aunque estén configurados de forma ágil y procedimentalmente sencilla, puede llegar a frustrar el objetivo de la tutela cautelar. Por ejemplo, en el caso del cumplimiento por terceros recogido en el art. 706 LEC, en caso de que sea necesario el mismo, el interesado deberá solicitarlo al órgano judicial, que deberá proceder a la valoración y tasación del coste de dicha prestación, la cual correrá de cuenta del cautelado, que tendrá que hacer depósito de la cantidad señalado o, en caso contrario, ver como se traba embargo sobre

[512] La inclusión de previsiones y medidas de ejecución forzosa para obligaciones personalísimas o no fungibles parece heredar la postura inicial clásica de CARNELLUTTI, F., *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, ob. cit., pág. 573, que afirmaba, en este punto, que «las pretensiones dirigidas a un hacer no fungible no pueden dar lugar a ejecución forzosa; su tutela puede obtenerse mediante el resarcimiento del daño o mediante las llamadas *medidas coercitivas*».

[513] Como manifiesta ESCALER BASCOMPTE, "La ejecución de sentencias no dinerarias…" ob. cit., pág. 384, «se advierte que ni todos los medios ejecutivos establecidos en la LEC resultan idóneos para cada tipo de ejecución de condena no dineraria, ni están recogidos todos los medios que resultan apropiados en cada caso».

bienes suficientes para asegurar ese pago[514]. No sería irracional pensar en que por breve que fuera la tramitación de estos actos, no pueda haber supuestos en los que la tardanza en ejecutar la medida frustre el fin de la cautela –piénsese en una orden que prohíba el cese de la prestación de suministro eléctrico a una empresa en la que la falta de fluido eléctrico por un periodo de tiempo o muy extenso, pueda suponer perder a dicha empresa mercaderías de valor o necesarias para su actividad económica[515].

En cambio, respecto de las medidas que contengan una obligación de abstención de una conducta determinada, recoge la LEC (art. 710.1) medidas de carácter ejecutivo de un carácter más severo que sí, entendemos, pueden suponer una mayor efectividad de la tutela cautelar a la que se predisponen. En este sentido, frente al incumplimiento de la prohibición de

[514] En detalle, sobre el funcionamiento de este procedimiento, vid., MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, *Tratado de proceso de ejecución civil*, ob. cit., págs. 2002 y ss.; GARBERÍ LLOBREGAT, *El proceso de ejecución forzosa*…, ob. cit., pág. 1343 y ss.; CACHÓN CADENAS, *Apuntes*… ob. cit., págs. 93 y ss.

[515] En un sentido similar, recogiendo algunos ejemplos contenidos en la jurisprudencia italiana, PROTO PISANI, *Appunti*…, ob. cit., págs. 382 y 383, cita varios casos análogos al ejemplo planteado, como la Sentencia de 17 de septiembre de 1977 de la Corte di Casazzione, núm. 3992, recogida en *Il Foro Italiano*, vol. 100, parte I, 1977, págs. 2393-2395. En nuestro país, encontramos por ejemplo con el Auto de 27 de febrero de 2017, del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Santander (Roj: AJPI 19/2017), por el cual se ordenaba a la concesionaria municipal del servicio de aguas que no interrumpiese el servicio a una empresa concursada para la cual era esencial contar con ese suministro.

actuar, ante cada infracción de dicha orden[516], el Secretario judicial requerirá al obligado por la medida cautelar, en primer lugar, para que deshaga lo indebidamente realizado, con imposición de multa coercitiva por cada mes que trascurra sin revertir el estado de las cosas a lo señalado por la orden judicial; en segundo lugar, le requerirá para que no repita el incumplimiento, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial[517], recurriendo así a la *ultima ratio* dentro de las posibilidades represivas y sancionadoras del Estado[518].

Finalmente, examinando las diferentes aportaciones doctrinales sobre la materia, se observa que el empleo de multas coercitivas es el medio al que mayor relevancia e importancia se le concede de todos los contemplados. El apoyo normativo para el empleo de este tipo de coerción ha sido localizado, según diferentes interpretaciones, en los ya citados arts. 699 y 738.1 LEC.

---

[516] Así lo señala, ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 338.

[517] Señala ESCALER BASCOMPTE, "La ejecución de sentencias no dinerarias…", ob. cit., págs. 382 y 383 que los tipos en los que puede incurrir el aquel que desatienda el requerimiento son los del delito de desobediencia del art. 556 CP o la falta del art. 634 CP. Sin embargo, tras la derogación de las faltas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, únicamente podrá incurrirse en el delito del art. 556 CP.

[518] Recuerda MORENO CATENA, V., "La ejecución forzosa" en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. (Coords.), *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo IV, Madrid, 2000, pág. 125, que «la jurisprudencia había recurrido en contadas y justificadas ocasiones a la exacción de responsabilidad penal por desobediencia producida como consecuencia del incumplimiento específico en ejecuciones civiles».

Pese a que la multa coercitiva, en un principio, parece limitada únicamente a presionar para el cumplimiento de obligaciones de hacer personalísimas o para que se deshaga lo indebidamente realizado, pues únicamente aparece dicha multa contemplada de forma expresa en las previsiones referidas a esos tipos de obligaciones, algunas interpretaciones han sostenido que, sin duda, las mismas podrían aplicarse como garantía y coerción al cumplimiento de las medidas cautelares del art. 727.7º LEC.

Así, en el razonamiento del primero de estas posturas, encontramos la cláusula general del art. 738.1 LEC, que se refiere expresamente «al empleo de los medios que fueren necesarios», por lo que podrán imponerse las multas a las que nos referimos para forzar el cumplimiento de este tipo de órdenes[519]. Sin embargo, en nuestra opinión, esta interpretación, en caso de ser llevada al extremo, supondría admitir que, para ejecutar la medida cautelar, se podrían emplear medios más allá de los previstos para ejecutar la sentencia, cuestión esta que podría suscitar el rechazo de parte de la doctrina y, cuanto menos, algunas dudas sobre su conveniencia.

La segunda de las posibilidades, en nuestra opinión, más correcta, justificaría o apoyaría el empleo de apremios y multas coercitivas en el inciso

[519] En este sentido, PÉREZ DAUDÍ, "Medidas cautelares" en *Instituciones*…, ob. cit., pág. 666 entiende que se «podría acordar una multa coercitiva para obligar a una persona a no hacer una actividad determinada a pesar de que no se permita su adopción como medida ejecutiva de la sentencia».

final del art. 699 LEC, que contempla la posibilidad de su empleo en el requerimiento al ejecutado[520].

En todo caso, la admisión del empleo de multas coercitivas para impulsar al cumplimiento de este tipo de obligaciones no debe suponer un uso indiscriminado o ilimitado de las mismas[521], siempre procurando que la inmisión en la esfera del sujeto pasivo de la medida sea la menor posible.

Finalmente, cabría plantearnos el destino de los importes de las multas que pudieran imponerse mediante este mecanismo. En este punto, en el caso de encontrarnos ante la ejecución de sentencia u otros títulos análogos, consideramos que la doctrina más certera es aquella que considera que el producto de estas coerciones tiene que destinarse a la indemnización del

---

[520] Así parece posicionarse ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 337; si bien es cierto que, en trabajos anteriores, se manifiesta partidario de recoger expresamente este tipo de medidas y multas antes que la amenaza (incierta en su cumplimiento) con el delito de desobediencia penal (vid. ORTELLS RAMOS, M., "Tutela cautelar en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *El proceso civil y su reforma*, ob. cit., págs. 461 y 462.

[521] Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, J. *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, 2ª ed., Cizur Menor, 2007, págs. 1342 y 1343.

perjudicado por el incumplimiento[522], y no ir destinada al tesoro público[523]. Sin embargo, esta construcción puede ser puesta en cuestión cuando se refiera a la ejecución de medidas cautelares. Por una parte, puede entenderse que las cantidades abonadas podrían abonar los daños y perjuicios

B) Suspensión cautelar de la efectividad de acuerdos sociales.

Finalmente, en último lugar de la enumeración del art. 727, aparece la medida de suspensión de acuerdos sociales impugnados, otra medida en la que podemos contemplar efectos de carácter anticipatorio en la tutela cautelar[524].

---

[522] Así, por ejemplo, CACHÓN CADENAS, M. "Artículo 591" en LORCA NAVARRETE (Dir.) *Comentarios*…, t. III, ob. cit., pág. 2922, al considerar las multas por falta de colaboración en la localización de bienes. Similar posición muestra RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., tomo I, pág. 363. También, en este sentido, VALLESPÍN PÉREZ, D., "Reflexiones acerca del destino de las sumas recaudadas con motivo de las multas coercitivas en sede de ejecución no dineraria" en RAMOS MÉNDEZ, F. (Dir.), *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal*, Barcelona, pág. 340.

[523] Sin embargo, ARANGÜENA FANEGO, C., "Artículo 699", en LORCA NAVARRETE, (Dir.), *Comentarios*…, ob. cit., t. III, págs. 3603 y 3604, se plantea una disyuntiva interesante que, cuanto menos, debemos de considerar. Argumenta que, si la LEC hubiese configurado este tipo de medidas como verdaderas *astreintes*, la indemnización debería ser para el ejecutante, en concepto indemnizatorio. Pero como la LEC lo dispone claramente como una multa, con fin punitivo, el producto de la misma deberá integrarse en el erario público.

[524] Por ejemplo, PICÓ I JUNOY, "De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas", ob. cit., pág. 262. También, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, "Suspensión de acuerdos sociales", en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cizur Menor, 2004, pág. 736. De forma crítica "La suspensión cautelar de

Los precedentes legislativos inmediatamente anteriores de esta medida se encuentran en la primera legislación societaria específica española, como es el caso de la Ley especial de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y en el posterior Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 recogió expresamente esa medida, sacándola de la normativa societaria y aclarando, en buena parte, algunos de sus contornos y borrosos perfiles institucionales.

a) Carácter anticipatorio y ámbito de aplicación.

Como decimos, el carácter anticipatorio nos parece palmario e indiscutible, puesto que el efecto de la tutela cautelar será prácticamente idéntico al de la tutela declarativa principal interesada: que un determinado acuerdo social carezca de efectividad y no produzca efectos[525]. La única diferencia se encentra en la posible duración temporal del mismo: mientras que la suspensión cautelar verá limitados sus efectos al espacio de tiempo necesario para resolver la impugnación del acto, en el caso de que una decisión judicial tenga por nulo un acuerdo, los efectos de esa nulidad serán permanentes. Por tanto, la principal diferencia que podemos predicar de los efectos de la

acuerdos de sociedades anónimas" en *Cuadernos de Derecho Judicial: Medidas cautelares por razón de la materia*, núm. XVII, 1997, pág. 319.

[525] Cfr. MOSCOSO TORRES, "Medidas cautelares", ob. cit., pág. 1459. En sentido similar, PAZ-ARES, C., "El *enforcement* de los pactos parasociales", *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 5, 2003, pág. 27.

tutela cautelar y los efectos de la tutela definitiva en este supuesto está en su duración temporal y vocación de permanencia de la tutela principal[526].

El ámbito de aplicación de esta medida es realmente amplio, por cuanto no queda limitado a un tipo de sociedades mercantiles frente a otras[527] y, además, deberán ser completados con gran amplitud, lo que debe de entenderse por acuerdos a estos efectos[528]. La clave para delimitar este

---

[526] En diversos momentos se ha afirmado, sin mucha duda al respecto, que nos encontramos propiamente ante una medida de carácter cautelar. Así, FAIRÉN GUILLÉN, V., "El proceso cautelar en la Ley de Sociedades anónimas", *Temas del ordenamiento procesal*, t. II, ob. cit., págs. 943 y 944, afirma que su naturaleza cautelar es manifiesta, al observar que se trata de un procedimiento destinado a obtener una resolución que constituye una anticipación provisional de ciertos efectos de la sentencia definitiva, dirigida a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma. Por su parte, GIMENO SENDRA, V., *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, 2ª ed., Madrid, 1985, pág. 143 y 144, entiende como errónea la equiparación entre esta medida cautelar y una medida ejecutiva que diese cumplimiento a una sentencia que declarase la nulidad de un acuerdo. Más recientemente, para, MARTÍN PASTOR, J., *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles*. Granada, 1997, pág. 14, el objetivo de esta medida reside en evitar los perjuicios que se podrían derivar de la ejecución de los acuerdos sociales impugnados, sobre los que previsiblemente haya de recaer una declaración de invalidez e ineficacia.

[527] Precisa, con buen criterio, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Civil*, t. II, ob. cit., págs. 562 y 563 que, para otros entes, con o sin personalidad jurídica, deberá acudirse a las normas específicas que para cada ámbito se señalen –por ejemplo, el art. 18.4 de la Ley de Propiedad Horizontal para la suspensión de acuerdos de las comunidades de propietarios–, o, en su defecto, a través de las medidas indeterminadas del art. 727.11º LEC.

[528] Por ejemplo, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, "Suspensión de acuerdos sociales", ob. cit., págs. 739-742. Señala LARROSA AMANTE, "Las cautelas indeterminadas y las medidas cautelares específicas", en *Cuadernos de Derecho Judicial: las medidas cautelares y los recursos*, núm. X, 2000, págs. 185 y 186, que la redacción dada por la LEC a este precepto amplía el ámbito original de la medida, que, en su momento, se limitaba a las sociedades anónimas.

ámbito está en la posibilidad de determinar qué acuerdos dentro de las sociedades mercantiles son impugnables, puesto que el empleo de esta medida queda restringido por la propia redacción del art. 727.10º a asegurar los efectos de los procesos de impugnación de acuerdos societarios. Sin dicha impugnación, esta medida no puede sostenerse, puesto que así aparece condicionada en la redacción dada por la LEC[529].

Para determinar la cuestión anterior, debemos examinar y desgranar la legislación mercantil en materia societaria para encontrar aquellos actos o acuerdos impugnables y, eventualmente, susceptibles de ser suspendidos con carácter cautelar[530]. De esta forma, en primer lugar, atendiendo al Texto

---

[529] Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, "El proceso cautelar en la Ley de Sociedades Anónimas", ob. cit., pág. 946, señala que para poder sostenerse esta medida es necesaria la existencia de un previo procedimiento de impugnación del acuerdo social.

Apunta, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales*, Madrid, 2015, págs. 203 y 204, que, sin eliminarse la nota de instrumentalidad de estas medidas, es posible que las mismas se soliciten *ante causam*, debiendo plantearse en el plazo señalado la demanda para iniciar el procedimiento principal. En contra de esta posibilidad, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Civil*, t. II, ob. cit., pág. 564, por cuanto el texto del art. 727.10º LEC se refiere expresamente a acuerdos sociales impugnados, no impugnables.

[530] En este sentido, en algunas ocasiones se ha acudido a la norma contenida en el art. 249.1.3º LEC para determinar los acuerdos impugnables, como, por ejemplo, RIBELLES ARELLANO, J. M. "La impugnación de acuerdos sociales", en PICATOSTE BOBILLO, J., y SOEANE SPIEGELBERG, J. L., (Coords.) *Procesos especiales dispositivos por razón de la materia en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2013, págs. 137 y ss., incluyendo, por tanto, los formados por una pluralidad de personas a través de las correspondientes mayorías: juntas generales ordinarias o extraordinarias; asambleas generales (órgano supremo de expresión de

Refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2010 (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio) deberán incluirse los acuerdos adoptados por los diferentes órganos de la sociedades anónimas, sociedades limitadas y sociedades comanditarias por acciones, comenzando por los acuerdos alcanzados en la junta general –ámbito material primigenio que se recogía en el tanto en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951[531] como en el Texto refundido de 1989[532]– y continuando por los acuerdos adoptados por el órgano colegiado de administración, consejo de administración o cualquier denominación que se dé al mismo por los estatutos sociales[533]. En este último supuesto, es necesario considerar los actos realizados por un administrador o administradores no constituidos en consejo. En este supuesto, se ha contemplado o estimado que, al no haber un trámite o un cauce determinado para la formación de un acuerdo (el cual no deja ser la

---

la voluntad social de la cooperativa) ordinarias o extraordinarias, consejos de administración, comisiones ejecutivas o consejos de dirección o de control. Sin embargo, el citado precepto de la LEC no hace una delimitación de qué acuerdos pueden impugnarse, sino que simplemente señala el ámbito de aplicación del procedimiento ordinario, incluyendo en el mismo una amplitud de actos de personas jurídicas.

[531] Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., "El proceso de impugnación de la Ley de Sociedades Anónimas" en *Derecho y Proceso*, Cizur Menor, 2009, págs. 334 y 335.

[532] Cfr. GIMENO SENDRA, V., *La reforma procesal mercantil. Los nuevos procesos de impugnación de acuerdos y de la propiedad industrial*, Valencia, 1990, págs. 15 y ss.

[533] DAMIÁN MORENO. J., "Aspectos generales en torno al proceso de impugnación de acuerdos sociales de las sociedades anónimas", *Revista de Derecho* Procesal, núm. 1, 2000, pág. 50; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, "Suspensión de acuerdos sociales", ob. cit., pág. 739.

plasmación de una voluntad de actuación colectiva) no pueden incluirse dentro del supuesto de hecho de la norma cautelar estudiada. Junto a los emitidos por estos órganos ordinarios, deben incluirse, además, los producidos por la asamblea general de obligacionistas, cuyos acuerdos, como señala el art. 421 del TR de la Ley de Sociedades de Capital, son, igualmente impugnables.

Otras formas societarias no incluidas en el ámbito de esta última Ley de Sociedades de Capital también pueden emitir acuerdos susceptibles de impugnación y, por tanto, de suspensión de los mismos como medida de tutela cautelar. Así, debemos considerar, sin pretender agotar todos los ejemplos posibles, los acuerdos adoptados por los órganos de las sociedades de garantía recíproca (arts. 39 y 44 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo); los acuerdos alcanzados en el seno de las entidades recogidas en el Reglamento de Mutualidades de Previsión Social (art. 38.1 RD 1430/2002, de 27 de diciembre); o, finalmente, los acuerdos emitidos por el consejo rector de las sociedades cooperativas (art. 31 Ley 27/1999, de 16 de abril).

En el último de estos casos, debemos señalar que el régimen legal de la impugnación de estos acuerdos puede verse oscurecido por la sucesión temporal de normas que podrían afectar al mismo. En este sentido, debemos señalar que la Ley de Sociedades Cooperativas, previa a la vigente LEC, realizaba una remisión, en cuanto al régimen de impugnación de los acuerdos societarios al TR de Sociedades de Capital de 1989, pero

conteniendo una salvedad expresa, al elevar el porcentaje de participaciones necesario para poder estar legitimado para impugnar al 20 por 100 de las participaciones de la cooperativa. En este caso, nos encontramos ante la posible colisión de dos normas de naturaleza procesal[534], que deberá resolverse conforme a las normas de sucesión de leyes. Cabría plantearse, por tanto, si la norma posterior contenida en la LEC deroga la norma anterior de la Ley de Sociedades Cooperativas de 1999.

Desde una primera posición puede sostenerse la continuidad en la vigencia de la citada norma de la Ley de Sociedades Cooperativas, puesto que nos encontraríamos ante un supuesto en el que la ley general (la LEC) no deroga a la ley especial (la LSC), debiendo mantenerse por tanto su vigencia. Esta interpretación, sin embargo, podría conducirnos a una solución un tanto desequilibrada, en la que la participación en la sociedad que legitima a solicitar la medida cautelar de suspensión sería desproporcionadamente superior a la participación necesaria para poder impugnar el acuerdo en concreto –cualquier socio frente a aquellos que represente el 20 por 100– y exageradamente superior a la requerida para poder solicitar la suspensión

[534] En este sentido, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal*, tomo I, 2ª ed., 1985, Pamplona, pág. 101, señala como uno de los elementos decisivos para determinar el carácter procesal de una norma, su contenido o estructura, siendo procesales aquellas que se incluyen en el Derecho procesal como ordenamiento para la tutela jurisdiccional de los derechos, afectando a los órganos y sujetos del proceso, actos, relaciones y situaciones procesales, requisitos que se observan dentro de aquel por el juez y por las partes, para proceder, y efectos.

cautelar en las sociedades de capital (1 o 5 por 100 frente a 20 por 100). De esta manera, en nuestra opinión, se podría generar una zona oscura o de desprotección para los participantes minoritarios en la sociedad cooperativa que, si bien podrán impugnar el acuerdo que consideren nulo, tendrán una importante barrera de acceso a una de las manifestaciones principales de la tutela cautelar para la protección de sus pretensiones y quedarán inermes ante los efectos, algunos irreversibles, de un posible acuerdo nulo, pudiendo convertirse en ilusoria la tutela que finalmente se les otorgue. Tampoco alcanzamos a comprender la *ratio ultima* que justifica la enorme diferencia en la participación necesaria para solicitar la suspensión cautelar cuando el acuerdo provenga de una sociedad de capital frente a la exigida para los acuerdos emanados por los órganos de sociedades cooperativas.

b) Limitaciones en el acceso a la medida: la legitimación activa

Como ya hemos adelantado, la tutela cautelar en esta medida, sin embargo, no queda abierta a cualquier interesado, sino que aparece configurada por parte del legislador una restricción en la legitimación[535]. En efecto,

[535] Cfr. PASTON MARTÍN, J., *La tutela cautelar en la impugnación de los acuerdos sociales mercantiles*, Granada, 1997, pág. 44; PÉREZ DAUDÍ, "Medidas cautelares", ob. cit., pág. 680; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *Comentarios…*, vol. II, ob. cit., pág. 692; ORTELLS RAMOS, "La tutela cautelar y su práctica…", ob. cit., pág. 655; ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., págs. 134 y 135.

dependiendo de si la sociedad ha emitido o no valores para su negociación en mercado secundario, será necesario que el solicitante represente el 1 o el 5 por 100 del capital social. Esta restricción de la legitimación mantiene la ya recogida previamente en la normativa societaria que hemos mencionado, aunque reduce notoriamente la exigida en normas anteriores[536], ofreciendo mayores posibilidades de protección a accionistas minoritarios, pero con una participación ya significativa en el capital de la sociedad. Tal y como señalábamos para el caso de las sociedades cooperativas, se produce una discordancia entre la legitimación para impugnar el acuerdo social –cualquier socio podrá hacerlo– y la legitimación para solicitar la suspensión

---

De forma minoritaria, se ha entendido incluido este requisito dentro del *fumus boni iuris*, como, por ejemplo, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Impugnación de acciones de las juntas de accionistas*, 3ª ed., Cizur Menor, 2002, pág. 466. No obstante, pese a que esta construcción no parece la más acertada, advierte RAMOS ROMEU, F., "Los presupuestos procesales y la tutela cautelar", *Justicia*, núm. 1-2, 2006, págs. 201-202, con cita de abundantes resoluciones en la nota 26, que la jurisprudencia *menor*, por lo común, examina la legitimación dentro del *fumus*.

[536] En este punto, señalaba, a nuestro parecer erróneamente, FAIRÉN GUILLÉN, "El proceso cautelar en la Ley de Sociedades Anónimas" ob. cit., pág. 947, que estaban legitimados los accionistas en general, sin hacer referencia al art. 70 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, que exigía contar con un 20 por 100 del capital social para poder solicitar la suspensión cautelar del acuerdo. Cfr. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado…*, t. II., ob. cit., pág. 142; también en GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, vol. II, ob. cit., pág. 151, sí recogen esta exigencia del quinto del capital social para solicitar la suspensión.

La reforma de la legislación societaria de 1989 supuso un notorio descenso del porcentaje exigido, del 20 al 5 por 100. Vid. ARIAS LOZANO, D., "La suspensión cautelar de acuerdos de sociedades anónimas", ob. cit., pág. 307.

temporal del acuerdo –socios que representen el 1 o el 5 por 100 del capital social. El objetivo de la norma nos parece claro en este caso, y no es otro que restringir el posible empleo de esta forma de tutela cautelar, cuyo efecto anticipatorio adelantaría los efectos de una posible sentencia anulatoria[537]. El legislador, con esta limitación, intenta que no pueda ser usada de forma espuria o maliciosa una medida tan potente, pues, a su parecer, abrirla a cualquier socio permitiría paralizar efectivamente el funcionamiento o la toma de decisiones dentro de una sociedad[538]. Por ello, exige la presencia de una minoría significativa –el 1 por 100 del capital social en una sociedad anónima grande que esté cotizada en el mercado bursátil es ya una cantidad considerable– para poder solicitar la medida referida. Puede cuestionarse, desde el prisma de la constitucionalización del derecho a la tutela cautelar, como parte integrante del derecho al debido proceso[539], esta limitación de

---

[537] Cfr. ARIAS LOZANO, "La suspensión cautelar de acuerdos de sociedades anónimas" en *Cuadernos de Derecho Judicial: Medidas cautelares por razón de la materia*, núm. XVII, 1997, pág. 318-319.

[538] Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, "Art. 727", *Comentarios*…, ob. cit., pág. 3288. Con tono sorprendentemente mordaz, ARIAS LOZANO, "La suspensión cautelar de acuerdos de sociedades anónima", ob. cit., pág. 302 señala que «lo cierto es que a nadie con mínima experiencia profesional se le escapa que, una medida cautelar de esta naturaleza, puede hundir de hecho a determinada sociedad anónima a la que poco valdrán, después (con nuestra legislación vigente *mucho* después), futuras y difícilmente previsibles indemnizaciones», añadiendo que en las mismas se consideran muy parcamente activos intangibles como la posición de mercado, la confianza en la compañía o el lucro cesante.

[539] En este sentido, algunas voces se han mostrado críticas con esta exigencia de capital social mínimo. Cfr. RIBELLES ARELLANO, "La impugnación de acuerdos sociales", en *Procesos*

acceso a esta forma de tutela, que puede suponer una exclusión de la misma en razón de la capacidad económica de los socios de una sociedad, exclusión que se acentuará cuanto mayor sea el tamaño de aquella, siendo más difícil que pequeños accionistas alcancen ese 1 por 100 requerido. No obstante, como contrargumento a lo anteriormente señalado, podrá objetarse que aquellos participantes que no alcancen el mínimo exigido mantienen, a su disposición, un amplio catálogo de medidas cautelares para asegurar la efectividad de la sentencia.

Deben señalarse, adicionalmente, algunas precisiones sobre cómo puede computarse esos porcentajes señalados por el art. 727.10º LEC. En primer lugar, para alcanzar esas barreras a la legitimación podrán computarse no solo los socios con plenos derechos, sino también los denominados accionistas sin voto (art. 98 TR Ley de Sociedades de Capital), los cuales gozan de todos los derechos salvo aquellos que expresamente se excluyen

especiales dispositivos por razón de la materia en la Ley de Enjuiciamiento Civil…, ob. cit., pág. 199; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, "Suspensión de acuerdos sociales", ob. cit., pág. 745; ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *Estudios sobre el proceso de impugnación*…, ob. cit., pág. 212. En este sentido, resulta interesante la posición que defienden estos dos últimos, en la que estiman como más adecuado un control riguroso o restrictivo de los presupuestos y la necesidad de la medida, en sustitución de la exclusión por falta de una participación relevante.

Sin embargo, recordando lo señalado por ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 111, dicha configuración quedaría dentro de los parámetros constitucionales sobre la tutela cautelar, porque el sistema previsto no excluye a los interesados que no lleguen al mínimo de capital requerido de solicitar cualquier otra medida cautelar diferente que pueda asegurar su derecho, como podría ser la anotación preventiva de demanda.

(art. 102), entre los que no se encuentra el derecho a impugnar los acuerdos sociales nulos y, en consecuencia, a solicitar su suspensión cautelar. A mayor abundamiento, al señalar el art. 206 TR Ley de Sociedades de Capital quiénes son los legitimados, se refiere a «todos los socios», sin hacer distinción en la calidad o tipo de sus participaciones[540].

Por otra parte, pueden plantearse interrogantes sobre la forma y el momento en el que se deben reunir estos requisitos de participación mínima. No planteará especiales problemas el supuesto en el que sea únicamente una persona la que reúna acciones suficientes para cumplir con el requisito de la legitimación.

En el caso de que exista una pluralidad de demandantes, bien inicial, bien sobrevenida, no existirá ningún impedimento para que todos ellos unan sus participaciones con el fin de plantear la adopción de la suspensión cautelar del acuerdo social[541]. Como es obvio, aunque existiese una pluralidad de demandantes que alcanzase el porcentaje requerido, no significa esto que una parte de esos demandantes queden facultados para plantear la

---

[540] En este sentido, CALDERÓN CUADRADO, M. P, "Otras medidas cautelares específicas" en ORTELLS RAMOS y CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial cautelar*…, ob. cit., pág. 100; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, "Suspensión de acuerdos sociales", ob. cit., pág. 746.

[541] Cfr. ARIAS LOZANO, "La suspensión cautelar de acuerdos de sociedades anónimas", ob. cit., pág. 303, afirma que «evidente resulta que a tal cifra se puede llegar a través de litisconsorcio activo, mediante la suma de los diversos porcentajes de quienes litiguen unidos».

suspensión cautelar, sino que tendrán que contar con la voluntad de tantos demandantes como sea necesario para alcanzar el porcentaje requerido[542]. Por otra parte, ante la posibilidad de que se hayan acumulado pretensiones de anulación de diferentes acuerdos, será necesario que aquellos que solicitan la medida cautelar hayan impugnado el mismo, de manera que no debería producirse una suerte de trasvases, por expresarlo de alguna manera, entre impugnantes de un acuerdo u otro para poder alcanzar las participaciones que conceden legitimación[543].

La cuestión abordada, de alguna manera, ha sufrido otra vuelta de tuerca tras la última reforma operada en 2013 sobre la legislación societaria que altera el régimen de impugnación de los acuerdos, introduciendo nuevas diferencias entre legitimaciones necesarias, lo que supone un nuevo elemento a considerar. Así, se elimina la posibilidad de que cualquier socio impugne cualquier acuerdo, siendo, en principio, contra con, al menos, un

---

[542] Advierte PÉREZ DAUDÍ, "Las medidas cautelares", ob. cit., pág. 682, que de la redacción del art. 727.10º LEC, con una interpretación literal estricta, se daría un resultado un tanto absurdo, pues el texto de la norma se refiere a que sean los demandantes los que tengan el porcentaje legitimado, y no, específicamente, los solicitantes de la cautela, permitiendo que se solicitase la cautela individualmente sin el mínimo del capital social cuando el litisconsorcio demandante sí lo alcanzase. En definitiva, los solicitantes de la tutela cautelar deberán reunir ese capital social exigido.

[543] Como señala PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Civil*, t. II, ob. cit., pág. 563, cuando las demandas no se presenten de forma conjunta, a efecto de esta medida, no deberá computarse el capital social de aquellos que no hubieran solicitado la suspensión, pero, en todo caso, la *causa petendi* de las solicitudes cautelares deberá ser común a todos ellos.

1 por 100 del capital social. En este punto, la normativa societaria no introduce distinciones sobre si la sociedad tiene sus títulos a negociación en un mercado secundario o no. Como regla especial, cuando la pretensión de impugnar el acuerdo sea por motivos de orden público, la legitimación es ampliada a todos los socios[544].

La siguiente cuestión controvertida radica en precisar el momento temporal en el que debe de colmarse este requisito del 1 o 5 por 100 del capital social. Esto es, en qué momento concreto debe de cumplirse con esta exigencia necesaria para la legitimación. Al tratar la legitimación para impugnar los actos recogida en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, GÓMEZ ORBANEJA señala que la condición de accionista deberá mantenerse tanto en el momento de la adopción del acuerdo como durante el desarrollo de todo el proceso[545], de manera que, perdida la condición de socio en cualquier punto, se pierde, consiguientemente, la legitimación para impugnar y solicitar la medida cautelar. Otros, sin embargo, han matizado esta postura inicialmente considerada, y entienden que el momento decisivo para

---

[544] Para ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *Estudios sobre el proceso de impugnación*…, ob. cit., pág. 109-111, la reforma más reciente ha hecho más confuso el sistema, pero no ha desaparecido la distinción entre acuerdos nulos y anulables, pues se siguen manteniendo normas diferentes en cuanto a su anulabilidad y caducidad.

[545] Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., "El proceso de impugnación de la Ley de Sociedades Anónimas", en *Derecho y Proceso*, Cizur Menor, 2009, pág. 339 (originalmente en *Revista de Derecho Privado*, 1955, págs. 123-129. Comparte esta postura, ya en el marco del Texto Refundido de 1989, GIMENO SENDRA, *La reforma del proceso mercantil*…, ob. cit., pág. 29.

determinar la legitimación es el de la adopción del acuerdo impugnado[546], de forma que eventuales modificaciones en el capital social que pudieran derivarse de la eficacia directa del acuerdo o acuerdos impugnados no habrían de tenerse en cuenta a los efectos considerados. Incluso, se ha considerado que, si la pérdida ha sido producto de un acuerdo válido y no impugnado, esto no debería impedir impugnar otro acuerdo adoptado cuando sí se contaba con ese porcentaje[547]. De esta manera, se salvaría una consecuencia indeseable de la aceptación de la primera posición, como sería no permitir el acceso a la tutela cautelar anticipatoria de aquellos que han visto forzosamente reducida su participación por el propio acuerdo que tratan de impugnar.

Sin embargo, debemos de considerar que esta perspectiva no sería la correcta en aquellos casos en los que la disminución del porcentaje sobre la participación social se debe no a un factor externo e involuntario, como es el propio acuerdo impugnado, sino a la libre voluntad del sujeto. En estos

---

[546] Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Art. 727", en DE LA OLIVA SANTOS, A., *et al.* (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2000, pág. 1229. También en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y DE LA OLIVA SANTOS, A., "Los procedimientos judiciales en la nueva legislación societaria", *La Ley,* tomo I, 1990, pág. 1063. Igualmente, ARIAS LOZANO, "La suspensión cautelar de acuerdos de sociedades anónimas", ob. cit., pág. También CALAZA LÓPEZ, S., *El proceso de impugnación de acuerdos de sociedades anónimas y cooperativas*, Madrid, 2003, pág. 349 y ss.

[547] Esta opinión es defendida por PASTOR MARTÍN, J., *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos*…, ob. cit., pág. 53. En contra, CALAZA LÓPEZ, *El proceso de impugnación*… ob. cit., págs. 350-351.

casos en los que la pérdida del porcentaje que da acceso a la legitimación se debe al propio sujeto, entendemos que no hay razón para excluir la exigencia de que debe mantenerse la misma participación a lo largo de todo el proceso, para poder sostener la vigencia de la medida cautelar acordada[548]. Podrá darse el caso, por ejemplo, cuando se impugne un acuerdo contrario al orden público, de que se pierda la legitimación para solicitar la tutela cautelar, pero se mantenga la necesaria para impugnar el acuerdo social.

Mas la pérdida sobrevenida de la legitimación no deberá suponer el alzamiento automático de la medida cautelar de suspensión, sino que deberá contemplarse, previamente, la posibilidad de que exista algún tipo de sucesión procesal –por ejemplo, una empresa que venda su participación íntegra en la sociedad a otra– en la que el nuevo sujeto activo siga teniendo legitimación, así como interés, para continuar con la medida[549].

En lo que respecta a los presupuestos de esta medida, respecto del *fumus boni iuris* poco debemos de agregar a los caracteres generales de este presupuesto para la adopción de cualesquiera otras medidas cautelares. Sin embargo,

---

[548] Vid. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Civil*, t. II, ob. cit., pág. 563-564. Igualmente, CALAZA LÓPEZ, *El proceso de impugnación*…, ob. cit., págs. 348.

[549] Cfr. MARÍN FERNÁNDEZ, A., "Cuestiones procesales de la suspensión cautelar de acuerdos en los procedimientos de impugnación. El art. 120 TRLSA", *Cuadernos de Derecho Judicial. Las medidas cautelares,* núm. 27, 1993, pág. Igualmente, CALAZA LÓPEZ, *El proceso de impugnación*…, ob. cit., págs. 350-351.

algunos autores han entendido la posible subsanación, corrección o revocación del acuerdo impugnado como una posible causa de crisis o elemento eliminador o condicionador del *fumus boni iuris*[550]. En nuestro modesto entender, la subsanación o revocación, más que afectar al presupuesto de la medida cautelar concreta de suspensión, concierne propiamente al objeto del proceso considerado, de manera que, si el nuevo acto o la corrección del mismo eliminase el fundamento o motivo de la impugnación del mismo, se producirá la pérdida sobrevenida del objeto procesal y, en consecuencia, deberá finalizar el mismo, y no solo decaer la medida cautelar por desaparecer el *fumus boni iuris*[551].

---

[550] En este sentido, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, "Suspensión de acuerdos sociales", ob. cit., pág. 753

[551] Sobre esta cuestión vid. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y DE LA OLIVA SANTOS, A., "Los procedimientos judiciales en la nueva legislación societaria", *Diario La Ley*, tomo I, 1990, págs. 1049 y ss., afirman que «si la revocación o la sustitución del acuerdo social se produjese estando ya pendiente un proceso circunscrito a la declaración de nulidad o a la anulación del acuerdo, el fenómeno sería de desaparición del objeto de la pretensión o de extinción de la acción (si sólo se ejercita o afirma la de impugnación)». Por su parte, GIMENO SENDRA, *La reforma procesal mercantil…*, ob. cit., págs. 46 y 47, señala que «ningún obstáculo hay, en principio, a que la convalidación del acuerdo pueda ser alegada por el demandado en la contestación y estimada por el Juez, como elemento extintivo de la pretensión, en dicha fase procesal destinada a evitar procesos innecesarios».

c) Efectos de la resolución cautelar de suspensión

Finalmente, cabe plantearse si los efectos de la suspensión cautelar del acuerdo han de operar *ex tunc* o *ex nunc*[552], esto es, si los efectos de la suspensión deberán desarrollarse desde el momento en que se decreta la medida cautelar o si los mismos se retrotraen al preciso instante en el que se adoptó el acuerdo. La respuesta a esta cuestión se verá, en parte, condicionada, en nuestra opinión, por la propia eficacia que se otorgue a la sentencia que resuelva sobre la nulidad del acto impugnado. Esta vinculación entendemos que es resultado lógico e indispensable de la relación de instrumentalidad que caracteriza a la tutela cautelar respecto de la tutela principal. Aceptar que, mediante la suspensión cautelar, puedan conseguirse efectos mayores o más extensos –aun con carácter temporal o,

---

[552] Cfr. CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág. 217 y 218, quien señalaba que, si bien, por regla general, la sentencia constitutiva tendrá efectos *ex nunc*, es decir, únicamente desde que se pronuncie la propia sentencia, nada impide que opere con efectos retroactivos, esto es, *ex tunc*, que pueden retrotraerse a diferentes momentos en el tiempo.

Para el propio GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, ob. cit., 1979, págs. 243 y 454, la sentencia estimatoria de una acción constitutiva, «al declarar el derecho, *produce* el cambio, que, sin ella, pese al derecho, no podría producirse, y, por tanto, incide en la relación jurídico-material», siendo posible que el efecto sea unas veces *ex nunc*, lo más habitual, o *ex nunc*. Con sobresaliente claridad PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado…*, ob. cit., págs. 450 y 451, expone la existencia de un conjunto especial de sentencias constitutivas, llamadas *resolutorias* o de *impugnación*, donde «la sentencia es asociada a un hecho extraprocesal produciendo la revocación (anulación), con efectos jurídicos», siendo necesario, en algunos casos, entre los que incluye la impugnación de acuerdos sociales, una manifestación de voluntad expresa del interesado para que, mediante la sentencia, se produzca la ineficacia.

al menos, sin vocación de permanencia en el tiempo– entenderíamos que supondría traspasar los límites constitucionalmente señalados a la tutela cautelar, pues ha sido postura reiterada del Tribunal Constitucional que la tutela cautelar no pueda rebasar lo que es posible alcanzar a través de la sentencia –*vid.* por todas STC 39/1995, 13 de febrero, FJ 5[553].

Por otra parte, es necesario señalar que las más recientes reformas operadas sobre la legislación societaria, especialmente desde la entrada en vigor de las modificaciones operadas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, han supuesto un oscurecimiento en la diferenciación de las categorías de nulidad y anulabilidad en el ámbito de la impugnación de acuerdos sociales. Efectivamente, la anterior redacción del art. 204 TRLSC señalaba como nulos los acuerdos contrarios a la ley y como anulables el resto, es decir, aquellos que se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros. Sin embargo, la vigente redacción del art. 204 TRLSC no hace distinción alguna y señala como impugnables los acuerdos, por los mismos motivos que recogían las anteriores normas. Más adelante, la TRLSC en sus artículos 205 y 206 introduce distinciones para aquellos casos en los que el acuerdo sea

[553] Como señala PEDRAZ PENALVA, "La tutela cautelar…", ob. cit., págs. 59, en este caso, aunque el TC se refiriese a la característica de homogeneidad entre medida cautelar y medida ejecutiva, en realidad estaba proscribiendo la «alienidad de la medida con lo que se pretende lograr en el proceso principal».

contrario al *orden público*, respecto de los cuales no caducará ni prescribirá la acción y reconociendo legitimación a todos los socios. Pero, nuevamente, en el art. 208 TRSLC, al tratar sobre los efectos de la sentencia estimatoria, únicamente menciona «la sentencia firme que declara la nulidad», pero no hace referencia alguna a una posible anulación.

Partiendo de las premisas anteriores, debemos señalar que la posición mayoritaria dentro de nuestra doctrina se inclina por señalar que, cuando la causa de impugnación sea de nulidad, la sentencia tendrá un carácter declarativo, mientras que, la que estime una causa de anulabilidad tendrá carácter constitutivo[554]. Como hemos apuntado, el cambio terminológico operado en la última reforma societaria en 2014 parece oscurecer esta distinción, pero, a pesar del *nomem iuris* elegido, lo cierto es que mantiene un régimen distinto según la causa de impugnación, manteniendo para aquellos acuerdos contrarios al orden público una legitimación mucho más amplia y sin someterla a plazo de caducidad. Esto es, mantiene el mismo

---

[554] Entre los clásicos de nuestra doctrina procesal, así se manifestaba GÓMEZ ORBANEJA, "El proceso de impugnación…", ob. cit., pág. 336 y 337, puesto que cuando se aprecie causa de nulidad la sentencia, sencillamente, declara lo que ya es. Posteriormente, GIMENO SENDRA, *El proceso de impugnación*…, ob. cit., pág. 42.

Por el contrario, haciendo referencia, únicamente, al carácter constitutivo GUASP DELGADO, *Derecho Procesal Civil,* t. II, ob. cit., pág. 250. También, DAMIÁN MORENO, "Aspectos generales en torno al proceso de impugnación de acuerdos sociales de las sociedades anónima", ob. cit., pág. 52. Finalmente, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Estudios sobre el proceso de impugnación…, ob. cit., pág. 162

régimen procesal en dos elementos decisivos que tenían los supuestos de nulidad frente a los de anulabilidad.

Sin embargo, la posibilidad de que una sentencia de nulidad produzca efectos *ex tunc* no debería llevarnos, en nuestra opinión, al considerar que una posible medida cautelar extienda sus efectos a un momento temporal anterior al de su adopción y que, mediante ella, se revoquen otros actos derivados del acuerdo. Ello supondría atribuir a la misma exactamente los mismos efectos que a una sentencia con eficacia *ex tunc*, con una notable diferencia: mientras que la sentencia revocaría actos con fundamento en la certeza de que traen causa de un acto nulo, la resolución cautelar produciría esos efectos con una mera apariencia sobre esa nulidad, no habiéndose destruido la validez presumible de cualquier acto jurídico[555].

---

[555] Por su parte, FAIRÉN GUILLÉN, "El proceso cautelar en la Ley de Sociedades Anónima", ob. cit., pág. 945, afirma que «los efectos de la suspensión [cautelar] no son retroactivos, mientras que sí lo son los de la declaración de nulidad o constitución de la anulación del acuerdo», tomando esta distinción directamente, de ALLORIO, E., "Per una nozione del processo cautelare", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 1, 1936, pág. 31, aunque debe tenerse en consideración que ALLORIO trataba específicamente en ese pasaje sobre la suspensión (o sanción, en su peculiar concepción) cautelar frente a actos administrativos.

Como señala PEDRAZ PENALVA, "La tutela cautelar…", ob. cit., págs. 59 y 60, «en verdad parece inaceptable una medida cautelar idéntica a la ejecutiva, por carecer del título exigible para ello y, lo que es tanto o más grave, sin que la sumaria cognición o el examen "prima facie" acometido por el juez, más aún *inaudita altera pars* […] pueda sustituir al proceso declarativo en la obtención de dicho título».

C) Algunos supuestos contenidos en Leyes especiales en relación con las nuevas realidades tecnológicas

a) Carácter abierto del sistema de tutela cautelar.

Como es sabido, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 optó por una enumeración razonablemente exhaustiva de las medidas disponibles, pero sin cerrar el catálogo. De esta manera, en el art. 727.11º LEC, además de todas las medidas específicamente señaladas, tanto en la propia LEC como en otras leyes especiales, contempla la posibilidad de adoptar cualesquiera otras medidas que pudieran pensarse para asegurar la efectividad de una futura sentencia estimatoria. La opción elegida, por tanto, dota de una extraordinaria flexibilidad a la tutela cautelar, pues además de las medidas típicas, queda abierta a la adopción de nuevas medidas que, en las coordenadas de 2000, eran imposibles de imaginar para el legislador de entonces.

En línea con lo anterior, pero fijando nuestra atención en uno de los grupos de derechos que más afectado se ha visto por los avances tecnológicos, en el que, además, un mayor número de infracciones se producen a través de las modernas comunicaciones telemáticas, la legislación sobre propiedad intelectual española, en muchas ocasiones superada por la realidad de los hechos, recoge previsiones similares, que han dado lugar a algunos ejemplos de medidas con contenido anticipatorio de la sentencia de condena.

Así, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que recoge el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en su artículo 141 señala que se podrán adoptar las medidas cautelares que fuesen necesarias para la protección de los derechos, detallando, a continuación, una serie de medidas concretas[556].

Debemos notar la influencia de la normativa comunitaria en la actual configuración del sistema de tutela cautelar en materia de derechos de propiedad intelectual. En este sentido, resultan de gran importancia tanto la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, como la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de marzo de 2014 (asunto *Telekabel*, C-314/12). Partiendo del art. 8.3 de la Directiva, los Estados miembros velarán por que los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir

[556] Tanto el art. 138 como el art. 141.6 del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual permite la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, disposición que ha sido empleada para intentar evitar la conexión a internet de aquellos que cometan las infracciones contra la porpiedad intelectual. Sobre este punto, no exento de interpretaciones diferentes, vid. DE HOYOS SANCHO, M., "Las medidas cautelares de suspensión de servicio y clausura de páginas web por vulneración de derechos de autor en internet", en MATA Y MARTÍN, R. M., (Dir.) *La propiedad intelectual en la era digital*, Madrid, 2011, págs. 325 y ss.

un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor. Apoyándose en este precepto, el TJUE entendió perfectamente compatible con el Derecho de la Unión y los derechos fundamentales la orden de un tribunal austriaco a una operadora de ese país de impedir que sus clientes accediesen a unas páginas web donde se ofrecía el visionado de películas sin la autorización de sus titulares (párrafos 63 y 64)[557].

b) La tutela cautelar y las nuevas realidades de la sociedad digital

Partiendo de las consideraciones anteriores, y apoyándonos en el carácter abierto de la enumeración de las medidas cautelares de nuestro sistema procesal, puede incluirse dentro de las mismas el bloqueo al acceso a determinadas páginas web, ordenando el tribunal a los diferentes prestadores de servicios que bloqueen el acceso a los dominios de las páginas a través de las que se comete una infracción, consiguiendo un efecto similar a la eliminación de la página infractora que pudiese contener la decisión definitiva. Medida esta de contenido netamente anticipatorio que, aun no siendo definitiva, supone un progreso en la eficacia de las medidas

[557] Sobre la citada sentencia, aunque desde un enfoque no estrictamente procesal, vid. la reflexión elaborada por DE MIGUEL ASENSIO, P. A., "Configuración y alcance de las medidas de cesación contra proveedores de acceso a internet", *La Ley Unión Europea*, núm. 15, 2014, págs. 5 y ss.

cautelares, pues adelanta el posible efecto de cierre de la página a través de la que se comete la infracción que pudiera acordar la sentencia[558].

Sin embargo, ese posible carácter anticipatorio de la tutela cautelar no siempre ha sido absolutamente eficaz. De esta manera, en varios supuestos recientes podemos contemplar cómo estas medidas frente a nuevas realidades tecnológicas se han mostrado eficaces en grado sumo, logrando su objetivo y, hasta en algunos casos, llegando a satisfacer la pretensión última de los demandantes.

Ad exemplum, en el conflicto sostenido entre las diferentes asociaciones y agrupaciones de taxistas de Madrid y la mercantil Uber –empresa que, a través de una aplicación para teléfono móvil o tableta, prestaba bajo demanda de los particulares, servicios análogos a los del taxi, mediante conductores particulares que no contaban con la oportuna licencia administrativa— se solicitaba, por parte de los primeros la cesación y prohibición de las actividades de la citada empresa a través de su página web y de la aplicación correspondiente. El órgano judicial (Juzgado de lo Mercantil, número 2, de Madrid) mediante Auto de 9 de diciembre de

[558] Defendiendo la naturaleza cautelar de estas medidas frente a ciertas tendencias legislativas de huida hacia el campo del Derecho Administrativo, vid. COLOMER HERNÁNDEZ, I. "De nuevo sobre el cierre de páginas web: la naturaleza cautelar de esta medida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 813, 2011, pág. 5.

2014[559], estimó que concurrían los requisitos necesarios para la adopción de las medidas solicitadas, los tradicionales *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, disponiendo finalmente la prohibición de toda actividad de prestación de servicios de transporte de viajeros a la empresa Uber[560]. Para garantizar la eficacia de dicha prohibición, el órgano judicial decretó la suspensión de cualquier sistema tecnológico o informático, como una aplicación para móvil o tableta, que permitiese el desarrollo de las operaciones de la empresa, el bloqueo por parte de los proveedores de servicio de internet para que bloqueasen el acceso a través de sus redes a la página y aplicaciones de la empresa y, por último, la suspensión de cualquier operación o ingreso monetario a través de una serie de empresas bancarias a través de las que Uber gestionaba los pagos.

---

[559] El texto completo del referido Auto de 9 de diciembre de 2014 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid puede consultarse en la siguiente dirección electrónica

http://ep00.epimg.net/descargables/2014/12/09/9303b5a862d007ab075227d59c1ce28d.pdf?rel=mas [última consulta: 22 de junio de 2016].

[560] Para una crítica sobre los razonamientos del Juzgado de lo Mercantil, vid. TOURIÑO, A., "La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medidas cautelares dictados en los casos de Uber, Blablacar y Cabify", *Actualidad Civil,* núm. 4, abril 2016. Sin embargo, hemos de señalar que, a nuestro entender, el Auto no hace otra cosa que consignar la existencia de un principio de prueba o enjuiciamiento de primeras impresiones favorable a la posición de las agrupaciones de taxistas demandantes, no habiendo sido oída aún la mercantil demandada, Uber. Por tanto, no puede entenderse, sin albergar duda alguna, que los pronunciamientos recogidos en dicho Auto vayan a ser necesariamente recogidos en una eventual sentencia sobre el fondo. Esto es, las consideraciones del auto no condicionan el debate sobre el fondo del asunto y, por tanto, no deberían llevarnos a extraer conclusiones prematuras o precipitadas sobre las llamadas formas de *economía colaborativa*.

En este supuesto que traemos como reciente ejemplo, podemos observarlo como un supuesto de máxima eficacia de la tutela cautelar para el demandante: Uber suspendió inmediatamente sus servicios en todo el territorio nacional, llegando incluso a abandonar totalmente su actividad para reconfigurarla y rediseñarla de manera absoluta. En este supuesto, vemos prístinamente una medida con un contenido absolutamente anticipatorio, que, como ocurrió hizo innecesario el posterior proceso principal.

No obstante, el resultado de las medidas anticipatorias adoptadas no siempre ha supuesto una eficacia tan absoluta como el que hemos mencionado. En el terreno de la protección de los derechos de propiedad intelectual, como algunos[561] han podido observar, la tutela procesal de derechos de propiedad intelectual ha quedado al albur de diferentes interpretaciones jurisprudenciales sobre las conductas subsumibles en el tipo del art. 270 del Código Penal, en especial sobre la tipicidad o atipicidad de las páginas de enlaces de descarga, que por sí mismas no alojan los contenidos protegidos.

[561] En este sentido, cfr., TIRADO ESTRADA, J. J., "La Lucha penal contra la piratería física y digital. Elementos normativos y dinámica jurídico-práctica", *Actualidad Civil*, núm. 4, abril 2015, quien recoge con cierta exhaustividad los diferentes intentos y evolución de la persecución penal de páginas de enlaces a obras y productos culturales.

Además, junto a esta tendencia de intentar proteger, mediante la intervención penal, esta clase de derechos, frecuentemente afectados por las infinitas posibilidades de comunicación e intercambio que ofrece la red, han aparecido intentos de una tutela centrada en los ámbitos civil y mercantil, buscando más los ceses inmediatos de actividades y la compensación pecuniaria que la persecución criminal de los autores de las conductas aparentemente infractoras.

En este sentido, encontramos por ejemplo el auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de A Coruña de 26 de noviembre, acordando las medidas cautelares necesarias para el cese de la actividad de la popular plataforma de visionado en línea de retransmisiones deportivas *Rojadirecta*[562]. La sociedad que controlaba dicha página web fue demandada por otras dos sociedades, titulares de los derechos de retrasmisión, a través de canales de pago, de las competiciones futbolísticas españolas, quienes reclamaban el cese de las actividades de *Rojadirecta* y una indemnización por los perjuicios económicos sufridos.

[562] A través de la página rojadirecta.me, su creador recopilaba todos los enlaces a páginas disponibles que retransmitían, ignorando los derechos de emisión adquiridos por operadoras televisivas, competiciones deportivas de todo tipo y procedencia. Sobre este tipo de páginas de enlace de retransmisiones deportivas. En detalle sobre este fenómeno, vid., CERDA LABANDA, D., y LASHERAS ROMERO, C., "Reflexiones en torno a los enlaces de eventos deportivos en «streaming» frente a la posible infracción de derechos de propiedad intelectual, así como actos de competencia desleal", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 51/2016

Finalmente, la decisión del órgano judicial fue el cierre de la página web de *Rojadirecta*, en todos los dominios web que ocupaba, ordenando además a los proveedores de servicio y de los proveedores de DNS que denegasen el acceso a las citadas páginas, para hacer efectivo el cese de actividades.

No atendió el órgano judicial a alguna de las alegaciones de la demandada sobre el carácter desproporcionado[563] y no adecuado de la medida, pero las mismas resultan de cierto interés.

En primer lugar, la demandada señala que el bloqueo o cierre de la página sería una medida no idónea, pues existen métodos relativamente sencillos para burlar el bloqueo de la página web. Efectivamente, así ocurre en el momento en el que elaboramos la presente comunicación: aunque

---

[563] Recordemos que la caracterización más precisa, en nuestra opinión, sobre el contenido y elementos de la proporcionalidad, la encontramos en ORTEGA BENITO, V. y PEDRAZ PENALVA, E. "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990., págs. 294-297. De modo sucinto, la adecuación debe entenderse de manera que un medio es apropiado cuando mediante él se puede alcanzar aquel resultado deseado, por lo cual, si una medida se revela como manifiestamente desajustada para contribuir a la obtención de un resultado, esta deberá ser reemplazada por otra. La exigibilidad, consistiría simplemente en atender a que el medio seleccionado para llegar al fin propuesto no pueda ser suplido por otro medio de igual eficacia, pero menos gravoso, para el derecho afectado, resultando esencial que esa medida menos gravosa sea adecuada para lograr un mismo resultado. Finalmente, proporcionalidad *stricto sensu* vendría a significar que medio y fin aparecen como dos variables que no pueden estar en evidente desequilibrio, exigiéndose una ponderación entre los bienes e intereses jurídicos colectivos o individuales en debate para determinar si se encuentran en una correlación razonable, matizando tal relación en atención al peso o preeminencia de los derechos o intereses en juego.

accediendo de forma ordinaria la página *rojadirecta.me* esta contiene un anuncio que señala su bloqueo por orden judicial, burlar tal bloqueo es sencillo para un usuario medio, pues basta instalar en el navegador habitual una aplicación gratuita como *hola.org,* mediante la que se simula estar conectado desde otro país, haciéndose accesible, en definitiva, la página supuestamente bloqueada. Por tanto, la idoneidad de la medida no queda del todo establecida, siendo su eficacia final bastante limitada.

En segundo lugar, plantea la demandada el carácter desproporcionado que supone bloquear toda la página, no solo en contenido que afecta a las empresas demandantes. Sin embargo, el órgano judicial rechaza la alegación al entender que una mayoría muy significativa de los contenidos de la página -y que más visitas recibía- pertenecen precisamente a competiciones sobre las que las mercantiles demandantes tienen la exclusiva de sus derechos.

Finalmente, la resolución, en diversos párrafos, manifiesta el empleo de una prueba pericial en la vista para la decisión sobre la tutela cautelar, con el fin de aclarar las posibilidades técnicas y prácticas del bloqueo y cierre de webs. Consideramos que esta práctica puede resultar beneficiosa en el sentido de permitir al órgano judicial conocer mejor la verdadera efectividad de la tutela cautelar que se dispone a adoptar.

c) La innecesaria huida de la tutela jurisdiccional cautelar

Sin embargo, pese a todas las posibilidades de anticipación de la tutela que hemos observado, ha podido observarse la tendencia de la "huida" de los mecanismos procesales, sustituyendo los mismos por instancias de carácter administrativo. Así ha sucedido tras la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que en su Disposición final cuadragésima tercera modificaba la Ley de Propiedad Intelectual (art. 148) para atribuir a una llamada Comisión de Propiedad Intelectual potestades que permitían a la misma el bloqueo y cierre de las páginas web empleadas para cometer infracciones de este tipo de derechos. Posteriormente, las decisiones de esa Comisión pueden ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, confirmando la decisión o alzando la misma. La nueva disposición no quedó exenta de críticas de todo tipo, si bien no podemos hacer aquí relación de todas ellas[564].

Sin embargo, sí queremos señalar que esta evasión de la jurisdiccionalidad no ha supuesto un incremento en la eficacia de las medidas adoptadas frente

[564] Sobre el desarrollo reglamentario de la Comisión a través de Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, vid. el comentario de CARBAJO CASCÓN, F., "Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en internet", en: "Retos y oportunidades del entretenimiento en línea", *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 15, 2012, pág. 9: «El texto legal es confuso y desorganizado en líneas generales, muy pobre jurídicamente y con un procedimiento que se antoja irrealizable en los cortísimos plazos establecidos (sobre todo si tiene lugar la intervención judicial al comienzo y al final del procedimiento y ante la posibilidad de recurrir las resoluciones de la Comisión)».

a páginas web con contenidos protegidos. Puede comprobarse sencillamente con el caso del cierre o bloqueo de la páginas a través de las que operaba *The pirate bay*, de origen sueco que ofrecía enlaces para descargar películas, música, etc., a través de sistemas de intercambio *torrent*. Tras varias denuncias de agrupaciones de profesionales del sector musical, la Comisión acordó requerir a los proveedores de servicios españoles que bloqueasen el acceso a las diferentes páginas a través de las que actuaba *The pirate bay*. La decisión fue confirmada, posteriormente por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo. Sin embargo, en el momento en que se suscribe, es posible acceder a diferentes páginas del grupo The pirate bay, alojadas en países fuera de la Unión Europea, o a través de programas y aplicaciones con los que cambiar la DNS, simulando que el equipo no se encuentra en el país en el que existe la restricción de acceso.

Por tanto, en este supuesto, se han sacrificado garantías sin obtener ni una mayor eficiencia ni, tampoco, una mayor eficacia. Se sacrifican garantías y derechos en dos sentidos: en primer lugar, porque se sustituye una decisión judicial, dentro de un proceso, por una decisión de un órgano administrativo; en segundo lugar, se duplican trámites e instancias, pues el afectado por la medida no tendrá más remedio que interponer un recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa si quiere hacer valer sus derechos. Pero además, el mecanismo diseñado no es eficiente, pues no supone ningún ahorro en recursos respecto de lo ya existente: el procedimiento no es especialmente rápido ni, desde luego, que más breve

que el de unas medidas cautelares civiles previas a la demanda, y, para poder forzar al cumplimiento forzoso de la medida será necesario contar con autorización judicial. Por último, pero no por ello menos importante, no estamos ante un sistema eficaz, pues las prohibiciones son sencillas de burlar, tanto para el supuesto infractor como para los usuarios, sin necesidad de especiales conocimientos técnicos en la materia.

CAPÍTULO V. CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR

1. CUESTIÓN PRELIMINAR

La previsión legislativa de una serie de instrumentos procesales, que mayoritariamente que denominamos como tutela cautelar, para asegurar la eficacia de la tutela judicial definitiva quedaría incompleta sin la articulación de algún tipo de procedimiento o especialidad procedimental para llegar a su adopción.

Debemos partir de una necesaria distinción entre las ideas de proceso y procedimiento, para poder centrar correctamente el objeto de estas consideraciones. Como acertadamente se ha señalado[565], la confusión entre ambas ideas, la de proceso y la de procedimiento, viene motivada por su común origen, *procedere*, "avanzar" en latín. Sin poder detenernos en las muy diversas definiciones y concepciones que, a lo largo del tiempo, la doctrina procesalista ha ido elaborando para explicar qué es el proceso y las

[565] Como ejemplo, PRIETRO-CASTRO, L. *Tratado...*, vol. I, ob. cit., pág. 51; PEREZ-CRUZ MARTÍN, *Introducción…* ob. cit., pág. 343; o MONTERO AROCA,. *Derecho Jurisdiccional I*, 15ª ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pág. 296

conclusiones alcanzadas[566], podemos definir el proceso, siguiendo a LOZANO-HIGUERO, como «un «conjunto de garantías normativas […] enmarcado y encauzado en una serie actos metódicamente preordenados a fin de que se proyecten, desenvuelvan concreten y hagan efectivas las garantías constitucionales de la acción y la jurisdicción respecto de la tutela jurídica, que se abre con el ejercicio de la acción y se cierra eventualmente […] con una resolución fundada en derecho, con virtualidad de cosa juzgada»[567]. Naturalmente, no esperamos que con esta definición sea posible agotar todos los aspectos del proceso, que se han venido formulándose adaptándose a las diferentes concepción científicas e ideológicas de la naturaleza del proceso. Sin embargo, de manera general, contienen todas ellas la idea de unidad en la que se suceden de manera continua actos a través de los cuales se realiza la potestad jurisdiccional, donde generan una serie de obligaciones y cargas para las partes, con sujeción a una serie de garantía y derechos, cuya función última es la resolución de una controversia de carácter jurídico[568].

---

[566] Para una enumeración y exposición sucinta de la diferentes teorías sobre la naturaleza del proceso, vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, ob. cit. págs. 103 – 112; LOZANO-HIGUERO PINTO,. *Introducción*… ob. cit., págs. 159 y ss.

[567] Así recogido en LOZANO-HIGUERO PINTO, *Introducción*… ob. cit., pág. 163.

[568] Otras definiciones pueden encontrarse en PEREZ-CRUZ MARTÍN, *Introducción*… ob. cit., pág. 325; o en GIMENO SENDRA, *Introducción*…, ob. cit., págs. 251. MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional I*, ob. cit., pág. 283 y ss. COUTURE, *Fundamentos…,* ob. cit., págs. 99 y ss.; GUASP, *Derecho Procesal…,* t. I, ob. cit., págs. 29 a 36; PRIETO-CASTRO, L. *Tratado*…,

Muy cercano al concepto de proceso se encuentra el de *procedimiento*. Sin embargo, se trata antes dos realidades tremendamente diferentes. Como manifiesta MONTERO AROCA[569], el concepto de procedimiento es aplicable a más ámbitos que el judicial, como el procedimiento administrativo, el legislativo, el tributario, etc. Sin embargo, esta no es la principal distinción o diferencia, sino que la misma estriba en que el procedimiento hace referencia al aspecto externo de la actividad procesal, a la pura sucesión de los diferentes actos considerados formalmente[570]. En definitiva, el procedimiento será la forma extrínseca en la que se manifiesta el proceso, encadenando los diferentes actos procesales del órgano judicial y las partes.[571]

Por tanto, mientras que la idea de *proceso* nos remite a una unidad, a un conjunto ordenado, a una idea omnicomprensiva en el que se conjugan diversos aspectos para poder describir cómo se resuelven conflictos, el *procedimiento* se refiere a la forma exterior de los actos que se realizan en ese

---

t. I, ob. cit., pág. 68. Predomina en todas ellas la noción del proceso como instrumento para la resolución de conflictos jurídicos, a través del cual se ejerce la función jurisdiccional, donde las partes que en él se enfrentan cuentan con una serie de derecho, obligaciones y cargas. Más sobre el concepto de proceso en

[569] Vid. MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional I*, ob. cit., pág. 296.

[570] Esta misma idea está presente en el resto de autores que hemos venido citando, como ASENCIO MELLADO, *Introducción*, ob. cit., pág. 171 o PEREZ-CRUZ MARTÍN, *Introducción*… ob. cit., pág. 342 y ss.

[571] Cfr. GUASP, *Derecho Procesal*…, t. I., ob. cit., pág. 35.

proceso. En nuestro caso, a la plasmación externa a través de la que se actúa la tutela cautelar.

Las especiales características, así como el fundamento de la tutela cautelar, esto es, la función que se trata de perseguir con ella, van a llevar, como veremos, a la acentuación de los principios de sumariedad y urgencia en estos procedimientos, como bien señaló SERRA DÓMINGUEZ[572]. Como se ha apuntado[573], la tramitación diseñada para la adopción de medidas cautelares deberá cumplir dos condiciones necesarias: primero, que el órgano judicial esté en posición de decidir sobre la petición planteada; segundo, que dicha decisión se emita en un plazo adecuado para cumplir con el fin propio de la tutela cautelar.

Por todo ello, reiteramos, en nuestra opinión, estas características deben estar siempre condicionadas, desde una óptica garantista, por el derecho al debido proceso, de manera que las necesidades de sumariedad y urgencia no supongan una merma en las garantías de los justiciables, tanto en la parte activa –de manera que la celeridad no contribuya a una desestimación de la petición por no haber podido ponderar el órgano correctamente la

---

[572] Para SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Teoría General de las Medidas Cautelares", en SERRA DOMÍNGUEZ, M. y RAMOS MÉNDEZ, F., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, págs. 80 y 81, sumariedad y urgencia son las dos notas en las que se pueden centrar las características generales de los procedimientos cautelares.

[573] Vid. PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, Atelier, 2012, pág. 141.

petición— como en la parte pasiva –por no ver volatilizado o postergado su derecho a ser oído al adoptarse medidas que afecten a su patrimonio e intereses.

2. UNIDAD O VARIEDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS CAUTELARES

El ordenamiento procesal español prevé un amplio catálogo, abierto en todo caso, de medidas cautelares de posible adopción. Ante esta multiplicidad de medidas, de diferente contenido y naturaleza puede plantearse la duda sobre si el procedimiento para adoptar cada una de las medidas debe ser único o si será necesario configurar diferentes especialidades procedimentales para cada una de las medidas disponibles o para cada tipo de medidas[574].

[574] Esta disyuntiva no es exclusiva del ordenamiento procesal español. Como señala MADRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, vol. IV, ob. cit., págs. 247, 255 y 257, señala que, tras la reforma procesal efectuada por la Ley núm. 353, de 26 de noviembre de 1990, se ha previsto, por primera vez, una serie de normas comunes aplicables a todas las medidas cautelares, si bien, la regulación contenida en los nuevos artículos 669-*bis* a 669-*quaterdecies* no es de carácter exhaustivo, por lo que se deberá atender a las particulares normas que establezca cada medida en particular.

Actualmente, la respuesta de la legislación positiva es configurar, como línea de principio[575], un único procedimiento cautelar que sirva como cauce para todas las medidas posibles a adoptar.

2. 1. El intento de crear un procedimiento cautelar unitario

La antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no recogía, en su regulación dispersa y fragmentaria de las medidas cautelares un procedimiento único para la adopción de las mismas[576], sino que, para cada una de las medidas

---

[575] Esta novedad respecto de la dispersión normativa presente en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil fue bien recibida, en líneas generales, por la doctrina, desde los estadios prelegislativos de la más reciente norma procesal civil. Por ejemplo, Cfr. RIFÁ SOLER, J. M., "La ejecución provisional y las medidas cautelares en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil" en FONT SERRA, E. (Dir.), *Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pág. 113, para quien «esta regulación debe ser calificada de acertada, ya que tiene la virtud de regular unas normas generales para la adopción de la cautelas, superando las lagunas que la actual regulación de la LC presenta en esta materia»; o, también, ORTELLS RAMOS, M., "El procedimiento cautelar en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil" en PICÓ I JUNOY, J., *Presente y futuro del Proceso Civil*, Barcelona, Bosch, 1998, pág. 686 y 689, en este caso, comentando tanto el Borrador de Anteproyecto de la LE (BALEC) como el Anteproyecto de la LEC (ALEC), señala que «fue, de entrada, un mérito del BALEC la tendencia a establecer un régimen procedimental común y más completo que los dispersos y fragmentarios actualmente en vigor para el debate y resolución sobre medidas cautelares», mientras que, por su parte «correctamente el ALEC se inclina por la derogación expresa de las norma procedimentales relativas a las medidas cautelares reguladas en leyes especiales».

[576] En este sentido, ORTELLS RAMOS, M., "Cuestiones Generales" en ORTELLS RAMOS, M., y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, 1996, págs. 26 y 27 «no existe en la LEC una regulación general o común de la actividad procesal cautelar, sino que está regulado con mayor o menor amplitud -más frecuentemente lo segundo- respecto a cada medida cautelar». En este sentido, la mayoría de manuales o Tratados de referencia en nuestro país en los años 60 a 80 no hacen referencia a un

individualmente consideradas, preveía una serie de normas procedimentales, más o menos completas[577], incluyéndose disposiciones procedimentales en algunas normas extravagantes el Código Procesal[578].

Esta dispersión normativa vio su fin con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Así, ocurrió desde las primeras etapas de elaboración de la nueva norma, manteniéndose, finalmente, en el texto aprobado «un procedimiento único para la petición de medidas cautelares y

procedimiento cautelar, sino que examinan la actividad procesal necesaria para acordar cada una de las medidas concretas dispuestas. En este sentido, vid. *ad exemplum*, HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil* (con Gómez Orbaneja), vol. II, Madrid, 1979, págs. 229 y ss; o PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, Tomo II, Zaragoza, Librería General, 1945, págs. 523 y ss.; o en

[577] No faltaban voces que reclamaban por una regulación completa y sistemática de los procedimientos cautelares bajo la anterior LEC. Vid. TOMÉ PAULE, J. "La unificación, simplificación y agilización del procedimiento de medidas cautelares en el sistema procesal español", en VVAA, *Jornadas sobre la Reforma del Proceso Civil*, Madrid, 1990, pág. 290: «falta, como se ha apuntado, un cojunto de Disposiciones generales aplicables a todas las medidas cautelares cualquiera que sea la ley en que se admitan; que se asegure los principios de defensa, tanto del actor como del demandado, que asegure la celeridad del procedimiento para su adopción y ejecución, y que, en definitiva, asegure la eficacia de la medida cautelar decretada».

[578] En algunos casos, las normas sustantivas especiales que contenían disposiciones procesales simplemente remitían, en cuanto al procedimiento, a lo dispuesto en el art. 1428 LEC (vid. por ejemplo, BARONA VILAR, *Tutela civil y penal de la publicidad*, ob. cit., pág. 580). En otros, por el contrario, se disponía un incidente especial para el procedimiento de adopción de las medidas (cfr., PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, ob. cit., págs. 219 y ss.; también CUCARELLA GALIANA, L. A., *El proceso civil en materia de patentes*, ob. cit., pág. 500).

también para la oposición a las mismas y a su revisión»[579]. Por tanto, la LEC de 2000 estable un procedimiento común para la resolución de medidas cautelares. Esta innovación fue bien recibida por diversos sectores doctrinales, que entendieron como algo positivo la superación de la dispersión de la LEC/1881[580].

Este régimen común no impide que la propia LEC recoja dos especialidades procedimentales[581], en concordancia con las posibilidades de solicitar medidas cautelares antes de la demanda o la de resolver las mismas *inaudita altera pars*, como veremos más adelante.

---

[579] ORTELLS RAMOS, "La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia…", ob. cit., pág. 658.

[580] Cfr. VALLS GOMBAU, "Unificación del procedimiento cautelar", ob. cit., págs. 260 y 261, señala que la LEC afronta la anterior dispersión normativa, tanto en la propia Ley como en las normas especiales, introduciendo un sistema completo que regula los presupuestos, el procedimiento, así como los incidentes de modificación y alzamiento de las medidas. Igualmente, GÓMEZ COLOMER, "El novísimo procedimiento cautelar civil", ob. cit., págs. 9 y 10, estima que la nueva LEC se propuso dar un vuelco a la regulación precedente, intentando un procedimiento unitario, aunque no consiguiese todos los resultados esperados.

[581] Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, "Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., pág. 92. Por su parte, GÓMEZ COLOMER, "El novísimo procedimiento cautelar civil", ob. cit., pág. 11, habla de hasta siete especialidades procedimentales dentro de la nueva regulación de la LEC.

2. 2. La existencia de especialidades por razón de la materia

Sin embargo, además de las especialidades anteriores, la regla general del procedimiento cautelar único queda excepcionada para una serie de materias específicas, en las que, por una parte, la propia LEC introduce especialidades procedimentales o normas particulares[582]; por otra, se mantiene una regulación específica en algunas disposiciones extravagantes no derogadas por la LEC[583].

---

[582] Vid. ORTELLS RAMOS, "La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años…", ob. cit., pág. 658, señala que, efectivamente, la aplicación del procedimiento general quedará desplazada en procesos sobre capacidad de las personas, filiación, matrimoniales o depósitos judiciales especiales. Por su parte, PEDRAZ PENALVA, "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., pág. 83, relaciona la mayoría de las remisiones y supuestos de la LEC en los que se contienen normas procedimentales fuera del título dedicado a las medidas cautelares.

[583] Así, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, "Artículo 730", *Comentarios*…, t. III, ob. cit., pág. 3303, señala que «no se comprende la pervivencia de otras reglas que, por su contenido procesal, debería estar incorporadas a la LEC como los art. 137 a 139 LP, cuando preceptos como los arts. 730 y 744 a 747 LEC podrían haber sido aplicables, sin entrar en colisión». Debemos de matizar que la Ley de Patentes a la que se refiere la cita, ha sido actualmente sustituida por la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, que, en sus artículos 127 a 132 recoge, nuevamente, una serie de normas procedimentales específicas que desplazan las propias de la LEC.

También, PEDRAZ PENALVA, "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., pág. 84, critica el tratamiento desigual que en la LEC se produce respecto de la derogación de normas procesales contenidas en normas especiales civiles en materia cautelar, señalando además que la propia Exposición de Motivos de la LEC (pár. XVIII) contempla específicamente el desplazamiento de la LEC cuando se trate de medidas específicas de algunos procesos civiles especiales.

De esta manera, la propia LEC prevé un régimen procedimental específico para la adopción de las medidas cautelares en los procesos sobre capacidad de las personas (art. 762 LEC), atendiendo, especialmente, a los distintos principios que rigen y disciplinan estas materias, en las que el dispositivo queda desplazado en favor del principio de oficialidad, así como la intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos.

Igualmente ocurre, en virtud del art. 768 LEC, respeto de las medidas cautelares en procesos sobre filiación, paternidad o maternidad, donde también entran en juego mayores facultades de intervención sobre el objeto procesal por motivo de los intereses que se dilucidan en este tipo de procesos. También en las medidas provisionales en supuestos de nulidad, separación y divorcio, cuyas normas procedimentales aparecen recogidas en los art. 771 a 773 LEC, produciéndose, en este caso, una dicotomía en la regulación: los efectos materiales quedan regulados en el Código Civil (arts. 102 a 106), mientras que su régimen procesal aparece en los artículos anteriormente citados de la LEC, que excluyen la aplicación del régimen general previsto para la tutela cautelar[584].

---

[584] En este sentido, CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio*, Valencia, 2002, pág. 355, señala que, de las palabras de la Exposición de Motivos de la LEC (XIX, pár. 4) se deduce que esos artículos 771 a 773 contienen una regulación procesal, con carácter especial respecto de la normativa cautelar general, justificada por razón del interés público presente en el objeto procesal que desplaza parcialmente el principio dispositivo.

En estos supuestos, el interés público presente en el objeto de la controversia lleva al legislador a desplazar el principio dispositivo, configurando procedimientos en los que la presencia del Ministerio Fiscal y los poderes del juez se ven incrementados notoriamente[585], en comparación con el proceso civil ordinario y su sistema de medidas cautelares, inspirados por esa máxima dispositiva.

Finalmente, el art. 738.2 LEC, en sus tres párrafos remite a los artículos correspondientes al embargo ejecutivo, a la intervención judicial en procesos de ejecución, y a las normas registrales correspondientes, para el trámite ejecutivo de las medidas cautelares de embargo, intervención judicial y anotaciones registrales cautelares respectivamente, aunque el resto de trámites para la adopción se sustanciarán conforme a las normas ordinarias[586].

---

[585] Vid. CALAMANDREI, P., "Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio", en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961 (1945), págs. 227 y ss., en especial, pág. 253, donde señala que en estos procesos, denominados *inquisitorios*, no en el sentido que se le da en el proceso penal, sino en el de entender que la posición del juez queda desvinculada de la iniciativa y voluntad de las partes, frecuentemente participa el Ministerio Fiscal, representando el interés del Estado y los poderes del juez se ven efectivamente aumentados.

[586] Cfr. MARTÍN PASTOR, *La anotación preventiva como medida cautelar…*, ob. cit., pág. 556, hace referencia a este doble régimen, de manera que la adopción de la medida se produce conforme a las normas generales de la LEC y la ejecución se regirá por las normas particular del registro en concreto en el que se pretenda realizar la anotación.

Tal abundancia de excepciones ha conducido a algunas opiniones que afirmar que el carácter general de las normas procedimentales cautelares de la LEC es casi simbólico o queda muy debilitado[587].

3. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL PROCEDIMIENTO CAUTELAR

Como regla de principio, debemos partir de que la competencia para el conocimiento de la solicitud de tutela cautelar corresponde al mismo órgano jurisdiccional que tenga atribuida la resolución del proceso principal[588], como así dispone el art. 723.1 LEC, con independencia de que el proceso ya se hubiere iniciado o se trate de la solicitud de medidas previas a la instauración del proceso. Esta regulación de la competencia es coherente, en nuestro parecer, con la predicada característica de la instrumentalidad de

---

[587] Cfr. PEDRAZ PENALVA, "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., pág. 83.

[588] Vid. ORTIZ PRADRILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles,* ob. cit., pág. 88; cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, "Medidas cautelares y proceso cautelar", ob. cit., pág. 75, señala que la previsión es coherente con la atribución de competencia funcional que el art. 61 LEC hace al órgano que conozca del pleito principal de todas las incidencias que puedan surgir durante su desenvolvimiento. Para RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit. pág. 564, este precepto es sobreabundante e innecesario, de manera que hubiese bastado con la norma de competencia funcional anteriormente mencionada.

la tutela cautelar[589], de manera que la competencia queda atribuida a aquel órgano que conoce del proceso al que sirve esta tutela como forma de garantía.

No obstante, esta previsión, aunque coherente con esa característica, supone una clara desventaja en cuanto a la posible previsión o condicionamiento, por parte del órgano judicial, del sentido de su posterior fallo al examinar el presupuesto del *fumus boni iuris*. Como se ha señalado[590], esta primera evaluación, que el órgano judicial hace del derecho afirmado por la parte solicitante, puede llegar a suponer un prejuzgamiento del fondo del asunto. No obstante, en páginas anteriores hemos señalado los posibles remedios ante esta posibilidad de prejuzgamiento, por lo que nos remitimos a ese punto.

En principio, las normas de competencia que rigen la tutela cautelar son de carácter imperativo, lo que supone el necesario control de oficio de las

---

[589] En este sentido, CUCARELLA GALIANA, L.-A., "Órgano jurisdiccional competente en materia cautelar en el Anteproyecto de L.E.C.", en PICÓ y JUNOY, J. (coord.), *Presente y Futuro del Proceso Civil,* Barcelona, 1998, pág. 739, «la estructura instrumental de la tutela cautelar determina que siempre que sea posible, el Juez de las medidas cautelares y el del proceso sea el mismo», para evitar así cualquier desconexión entre el proceso cautelar y el principal que lleve a soluciones de escasa economía procesal.

[590] Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, "Medidas cautelares y proceso cautelar", ob. cit., pág. 75, entiende que, al coincidir de manera significativa la fundamentación de la demanda con el presupuesto del *fumus boni iuris*, en el caso de que la medida sea rechaza por la debilidad de este presupuesto, podrá parecer que el órgano judicial está conformándose la idea de que la petición del demandante tiene escaso fundamento.

mismas[591] lo que impide a las partes cualquier forma de sumisión que altere esa competencia legalmente determinada[592]. No obstante, la LEC reconoce dos supuestos en los que un órgano carente de competencia adopte medidas cautelares, bajo una serie de condiciones[593]. En primer lugar, cuando las medidas hayan sido solicitadas con la demanda, el art. 64 LEC, prevé que, suspendido el proceso por interposición de declinatoria, el órgano judicial pueda acordar aquellas medidas necesarias para evitar perjuicios irreparables al actor, si bien se admite que la misma sea sustituible por caución[594].

---

[591] Como señala RAMOS ROMEU, "Los presupuestos procesales y la tutela cautelar", ob. cit., pág. 196, aunque la LEC excluya el uso de la declinatoria dentro del proceso cautelar, «la mejor forma de proceder es ser pragmáticos y permitir al demandado las alegaciones respecto de la falta de jurisdicción o competencia sin necesidad de formular formalmente declinatoria en la vista previa de medidas».

[592] Vid. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, "Artículo 725", en *Comentarios*…, vol. II, ob. cit., pág. 668. Igualmente, ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 89.

[593] Sobre la cuestión en la LEC/1881, vid. PEDRAZ PENALVA, E., "La tutela cautelar durante la paralización del proceso civil de declaración", *Jornadas sobre la Reforma del Proceso Civil*, Madrid, 1990, págs. 277 y ss.

[594] Crítico con este precepto, PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, ob. cit., pág. 149, entiende que la caución prevista en este supuesto es contradictoria con las previsiones de la propia LEC cuando regula la caución en las medidas cautelares.

En segundo lugar[595], cuando las medidas se hayan adoptado *ante causam*, efectivamente, el art. 725.2 LEC permite a aquel tribunal que se considere territorialmente incompetente, una vez examinada su competencia territorial de oficio[596], adoptar aquellas medidas urgentes e impostergables, remitiendo el asunto al tribunal que, efectivamente, corresponda por razón del territorio conocer del asunto[597]. No obstante, como se ha apuntado, el carácter no imperativo de una parte sustancial de las normas de competencia

---

[595] Vid. ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 110, entiende que hay otro supuesto, en la redacción del art. 725.1 LEC de órgano incompetente territorialmente que puede adoptar medidas cautelares. Será en el supuesto de que las partes hayan celebrado previamente pacto de sumisión expresa a ese mismo tribunal ante el que se solicitan las medidas. Sin embargo, desde una interpretación sistemática, en este supuesto el órgano es, de hecho, territorialmente competente, puesto que estas normas, con carácter general (art. 54 LEC), por lo que la voluntad de las partes podrá determinar la competencia objetiva cuando el fuero no sea imperativo. Sobre la cuestión, vid. RIZO GONZÁLEZ, M. B., *La competencia territorial. La sumisión tácita*, Madrid, 2006, págs. 67 y 68.

[596] Apunta CAROCCA PÉREZ, A., "Competencia territorial improrrogable", *Justicia,* núm. 2, 1996, pág. 368, que, cuando las normas de competencia territorial son prorrogables, se excluye la posibilidad de controlar de oficio dicha competencia, quedando esta facultad reservada para aquellas normas imperativas. Señala LORCA NAVARRETE, "Art. 725" en *Comentarios a la Nueva Ley*…, t. III, ob. cit., pág. 3863, señala el contraste entre la generosidad de la LEC al reconocer la posibilidad de adoptar medidas previas a la demanda, con el rigor con el que previene el órgano para que se él, de oficio, el que controle los presupuestos procesales necesarios para la adopción de la tutela cautelar.

[597] Vid. ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 110, señala que, en estos supuestos, el órgano judicial tiene que realizar una ponderación entre la urgencia de la necesidad de tutela y el respeto por las normas de competencia territorial, de manera que la primera de las circunstancias permita obviar el incumplimiento de dichas normas.

resta cierra importancia a la concesión de la medida cautelar por un tribunal que carezca de dicha competencia bajo este criterio[598].

En derecho comparado, también se atribuye la potestad cautelar al juez competente para el proceso principal, según se deduce de los arts. 669 *ter* y *quater* del CPC italiano[599], y de los arts. 919 y 937 ZPO[600]. Por su parte el ordenamiento procesal argentino parece más propicio a permitir que cualquier órgano, aunque carezca de competencia para ello, al señalar el art. 196 CPCCN que, si un juez incompetente ordena una medida ajustándose

---

[598] En este sentido, MONROY PALACIOS, *Bases para la formación de una teoría* cautelar, ob. cit., pág. 236. Sin embargo, hay que tomar con cierta prevención estas palabras, pues pese a que WACH, *Manual*…, vol. II, ob. cit., pág. 254, afirmó que «La historia del fuero muestra un crecimiento constante de la potestad de prórroga», como bien señala GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, ob. cit., pág. 112, las reformas operadas desde los años sesenta iniciaron una tendencia hacia el establecimiento de normas imperativas e indisponibles de competencia territorial, que se mantiene hasta nuestros días con una mayor presencia de los fueros indisponibles

[599] Cfr. MANDRIOLI, *Diritto procesuales civile*, vol. IV, pág. 259. Complementando la disposición anterior, el art. 28 CPC veta específicamente la posibilidad de sumisión en la adopción de medidas cautelares, si bien, la doctrina admite posibilidad de que la parte actora solicite las medidas previas a la iniciación del proceso ante el tribunal que las partes hayan acordado para conocer del fondo [vid., LAPERTOSA, F., "In tema di competenza e procedimento cautelare (Casi e questioni)", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 2, 1995, pág. 416; COSTANTINO, G. "Quattro interventi sulla riforma della giustizia civile", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 2, 1993, pág. 456.

[600] Así, en PEDRAZ PENALVA, E., "La Tutela Cautelar en la Ley de enjuiciamiento Civil", *Cuadernos de Derecho Judicial,* 2000, págs. 85 y 86. También, CALDERÓN CAUDRADO, M. P., "Medidas cautelares indeterminadas: su regulación por el Derecho alemán", *Revista General de Derecho*, núm. 571, 1992, págs. 2529 y ss.

a los requisitos de la misma, esta deberá mantenerse, sin prorrogar la competencia, enviando inmediatamente las actuaciones al juez competente[601].

Esta concepción, en la que se prima la protección de los intereses de las partes sobre las reglas de competencia, permitirá al actor cautelar elegir aquel tribunal que pueda estimar más propicio a sus intereses, escogiendo uno que entienda como más proclive a adoptar la medida buscada o que pueda dar una respuesta más rápida. Si bien, desde algunas posiciones[602] se ha postulado la necesidad de interpretar la norma análoga de la Ley de Enjuiciamiento Civil en un sentido tan amplio, permitiendo que el actor elija el tribunal que mejor se adapte o permite la tutela cautelar de sus intereses. En todo caso, desde nuestro punto de vista, no deberían superarse los límites de la competencia objetiva, en coherencia con la sanción de nulidad para lo actuado por órganos judiciales que carezcan de dicha competencia (art. 238.1º LOPJ)[603].

---

[601] Cfr. PALACIO, *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. II, ob. cit., pág. 321, señala que será el juez competente, al que se remitirán las actuaciones, quien decidirá, posteriormente, sobre el mantenimiento o sustitución de las medidas. Igualmente, ARAZI, *Medidas Cautelares*, ob. cit., pág. 17.

[602] Vid. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., págs. 563 y 564, defiende que debería permitirse solicitar al actor las medidas allí donde vaya a obtener más rápida y eficaz protección a sus intereses, para hacer real el derecho a la tutela judicial efectiva.

[603] Vid. ORTEGO PÉREZ, F., *La competencia territorial indisponible*, Cizur Menor, 2002, pág. 206.

4. LA PETICIÓN O DEMANDA CAUTELAR

La actual regulación recoge, como requisito imprescindible, para la iniciación del procedimiento cautelar, la instancia de parte[604], vedando la posibilidad de adoptar medidas cautelares de oficio[605]. Rige, en este punto, con plenitud total, el principio dispositivo[606], que supone un contenido mínimo en el que la instauración del proceso es obra de la parte, además de la continuidad y la delimitación del campo en el que se va a mover la tutela jurisdiccional, todo ello a instancia de parte[607]. Se trata, de esta manera, de mantener la coherencia del proceso civil, pues si es necesaria la iniciativa de

---

[604] Cfr. PÉREZ DAUDÍ, "Las medidas cautelares" en *Instituciones*… ob. cit., pág. 608, señala que nos encontramos ante intereses privados y que, por tanto, corresponde a la parte el uso libre de los medios jurídico para su defensa; PEDRAZ PENALVA, "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., pág. 46 y ss., eleva a la categoría de característica la *dispositividad* de la tutela cautelar

[605] Vid. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Civil*, t. II, ob. cit., pág. 566; ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 164; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, "Art. 721" en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, ob. cit., pág. 3223; BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional III,* ob. cit., pág. 691.

[606] Diferenciando el principio dispositivo (*Dispositionmaxime*) del principio de aportación de parte o de controversia (*Verhandlungmaxime*) y sus contenidos respectivos, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, ob. cit., págs. 213-215. Sobre el origen de estos principios, su fundamentación y la no siempre sencilla traducción de las diferentes denominaciones, vid. LOZANO-HIGUERO PINTO, M., "Principios dispositivo, de controversia y acusatorio: significado actual", en *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Montevideo, 1999, págs. 271 y ss.

[607] Cfr. PICÓ I JUNOY, J., "Los principios del proceso civil" en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, vol. I, Barcelona, 2000, pág. 34.

parte para comenzar un proceso de declaración (art. 399: «el juicio principiará por demanda»), también debería ser necesaria la petición por parte del actor de la tutela cautelar que garantice la efectividad del pronunciamiento definitivo[608].

Sin embargo, la regla general cede en algunos supuestos muy concretos, que deben de entenderse como absolutamente excepcionales[609]. Este es el caso de las medidas previstas en los artículos 762.1 (medidas para la protección de personas supuestamente incapaces)[610], 768 (medidas durante los procedimientos de impugnación de la filiación)[611], 773.2 (medidas provisionales en procesos de nulidad, separación y divorcio)[612], 790

---

[608] Vid. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, t. I, ob. cit., pág. 561.

[609] Cfr. VALLS GOMBAU, "La unificación del procedimiento cautelar", ob. cit., pág. 261. Para PEDRAZ PENALVA, "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., págs. 49 y 50, señala que, conforme al art. 721.1 LEC, puede concluirse que no cabrán medidas adoptadas de oficio en procesos declarativos ordinarios, y sólo serán posibles en los procedimientos especiales.

[610] Vid. GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P., *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas. Análisis del procedimiento actual y del previsto en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1999, pág. 30 y 188. También, HUERTAS MARTÍN, I., *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000 e Enjuiciamiento,* Granada, 2002, pág. 160; CHIMENO CANO, M., *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Cizur Menor, 2003, pág. 114.

[611] Cfr. MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, 2ª ed., Madrid, 2000, pág. 187; MARTÍ MARTÍM, J., "Las medidas cautelares en los procesos de filiación paternidad y maternidad del art. 768 LEC", *Práctica de Tribunales*, núm. 106, 2004, pág. 30.

[612] Cfr. CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio. (La aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 a 773 de la LEC)*, Valencia, 2002, págs.

(medidas de aseguramiento de los bienes de una herencia cuando no conste la existencia de testamento ni herederos) y 791 (intervención judicial de herencia en supuestos en los que no conste la existencia de testamento ni sucesores legítimos)[613]. En estos supuestos, si bien la adopción de medidas de oficio debe entenderse limitada únicamente a aquellos supuestos en los que así lo autorice de manera expresa la Ley, el repertorio de medidas que pueden acordarse no está cerrado. De este modo el art. 762.1 señala que podrán adoptarse aquellas medidas «necesarias para la adecuada protección del presunto (sic) incapaz o de su patrimonio»; por su parte, el art. 768 emplea similar fórmula al referirse «las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a potestad del que aparece como progenitor».

En los supuestos anteriores, la adopción se puede producir de oficio por el órgano judicial competente, atendiendo a los derechos e intereses de especial relevancia que se pretenden tutelar[614]. Fuera de este motivo de justificación

427 y 428, entiende que cabrá esa adopción de oficio respecto de las medidas sobre cuestiones de *ius cogens*, como puede ser el régimen de custodia de los hijos o uso del domicilio. También en ÁLVAREZ ALARCÓN, A., "Procedimientos para la adopción de las medidas provisionales", en ÁLVAREZ ALARCÓN, A., BLANDINO GARRIDO, M. A., SÁNCHEZ MARTÍN, P., *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, 2ª ed., Valencia, 2016, págs. 652 y ss.

[613] Vid. MONTES REYES, A., *División judicial de patrimonios,* Madrid, 2000, pág. 53.

[614] Como señala FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, "Art. 721", en *Comentarios*…, t. III, ob. cit., pág. 3223, señala que cuando el objeto del proceso sea civil, pero su contenido no sea patrimonial, el principio será, precisamente, el opuesto al de instancia de parte.

entendemos que sería absolutamente incoherente, y contrario a cualquier lógica y sistemática interna, que la Ley de Enjuiciamiento Civil recogiese supuestos diferentes de adopción de oficio a los mencionado anteriormente, además de contrario a las garantías esenciales del debido proceso cautelar[615].

Sobre la influencia recíproca entre el derecho y el proceso, cfr. CALAMANDREI, P., "El proceso inquisitorio en el nuevo Código Civil", *Estudios sobre proceso civil*, ob. cit., págs. 356 y 357, señaló que «hay así, entre proceso y derecho, una necesaria infiltración recíproca, en virtud de la cual el proceso toma el color del derecho; y viceversa. Para ilustrarlo aporta un ejemplo nefando pero tremendamente ilustrativo: las reformas de las leyes matrimoniales alemanas bajo el régimen nacionalsocialista para incluir las aberrantes concepciones raciales de esa ideología, transformaron el matrimonio en una institución ordenada conforme a intereses públicos, lo cual fue acompañado por un aumento sustancial de la iniciativa oficial y los poderes inquisitorios del órgano judicial en los procesos matrinominales. Esta tendencia también ha sido denominada como *penalización del proceso civil* (vid. SENTÍS MELENDO, S., *El Proceso Civil*, Buenos Aires, 1957, pág. 359.

[615] Siguiendo a GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., pág. 677, en nota al pie, tres son las fundamentaciones o justificaciones que se han ofrecido al principio dispositivo, sin que, ninguna de ellas, resulte plenamente satisfactoria, en su opinión: la naturaleza privada de los intereses ventilados en el proceso civil; la incompatibilidad psicológica entre la función de juzgar y la iniciar y aportar hechos a un proceso; la del estímulo, esto es, que las propias partes son las que mejor defenderán sus propios intereses. En todo caso, como señala LOZANO-HIGUERO PINTO, "Principios dispositivo, de controversia y acusatorio: significación actual", ob. cit., pág. 288, tanto el principio dispositivo como el de controversia tienen un mismo origen filosófico, que no es otro que el autonomismo subjetivo kantiano, siendo, en último término, ambas máximas una cristalización técnico-procesal del reconocimiento por el ordenamiento jurídico de la autonomía económica privada. Por su parte, LIEBMAN, E. T., "Fondamento del principio dispositivo" *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 4, 1960, págs. 551 y 552, apunta que mediante este principio, se trata de garantizar la imparcialidad y neutralidad del juez, y para ello dejar a las partes la carga y la responsabilidad del proceso y los elementos de juicio.

Por ello, entendemos acertada la interpretación de los arts. 725.2 y 64 LEC, referidos a la adopción de medidas imprescindibles en aquellos supuestos en los que se planteen ante órgano judicial incompetente, que entiende que no podrán adoptarse sino aquellas medidas que se hayan solicitado[616] y sólo en el caso de que se hubiesen solicitado[617].

Igualmente será necesaria la instancia de parte en el supuesto señalado por el art. 439.1.2º LEC, puesto que será necesaria, precisamente, esa petición por la actora de medidas cautelares para que pueda admitirse la demanda en los asuntos referidos en el art. 250.1.7º LEC[618]. *A contrario*, si no fuese necesaria la solicitud de medidas cautelares, no se señalaría como condición de admisibilidad de la propia demanda dicha solicitud de tutela cautelar[619].

---

[616] En este sentido, GÓMEZ COLOMER, "El novísimo procedimiento cautelar civil", ob. cit., pág. 13, aunque entiende que la redacción es muy ambigua y podría dar a entender que el órgano judicial podría adoptar incluso medidas no solicitadas siempre que sean las más adecuadas para conservación de la eficacia del proceso ante el órgano efectivamente competente, se inclina por una interpretación en la que domine el principio dispositivo y únicamente se puedan acordar las medidas expresamente solicitadas.

[617]Cfr. GONZÁLEZ GRANDA, P., "Artículo 64", en LORCA NAVARRETE, A. M., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Valladolid, 2000, pág. 650, señala que la posibilidad que este artículo concede al juzgador podrá ejercitarse si lo pidiese alguna de las partes, no de oficio. Igualmente, NAVARRO VILLANUEVA, C., "La declinatoria" en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, vol. I, ob. cit., pág. 416.

[618] Cfr. ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 164.

[619] Señala, al estudiar este supuesto, PEDRAZ PENALVA, "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., pág. 47 que se produce un retroceso en la *dispositividad* de la tutela cautelar, por cuanto se obliga al sujeto activo a solicitar este tipo de tutela junto a la

5. LOS SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO CAUTELAR

Al igual que ocurre con todas las formas de tutela procesal[620], en la tutela cautelar encontraremos necesariamente la presencia de tres personas diferentes: el órgano judicial, a cuya determinación ya nos hemos referido en apartados anteriores al estudiar las norma de competencia en materia cautelar; una parte activa, solicitante de la tutela cautelar frente al órgano; y, finalmente, una parte pasiva, que soporta los efectos concretos de la tutela, para la que proponemos la denominación de cautelado. Excepcionalmente[621], como examinaremos a continuación, se van a contemplar supuestos en los que, por necesidades de urgencia y de efectividad de la propia tutela cautelar, la intervención del cautelado quede postergada, produciéndose esta con posteridad a la decisión judicial que

demanda. Efectivamente, aunque no quede eliminada la necesidad de instancia de parte, si es cierto que la libertad de la misma para elegir sus propios medios de defensa queda, parcialmente, cercenada.

620 Vid. LOZANO-HIGUERO PINTO, *Introducción…,* ob. cit., pág. 160, dentro de la naturaleza bivalente del proceso, estructuralmente este es una relación jurídica pública de carácter triangular.

621 En este sentido, nos alineamos con la posición más garantista, y respetuosa con la garantía del debido proceso, de ALMAGRO NOSETE, "Garantías constitucionales del proceso civil", *Justicia,* núm. especial, 1981, págs. 31 y 32, cuando afirma que «de una cosa no cabe duda. Y es que el principio de audiencia es la regla constitucional general, de manera que las limitaciones al principio deben admitirse de modo restrictivo y siempre teniendo en cuenta si la razón que las justifica no responde a un capricho o arbitrariedad del legislados, sino a una causa que encuentra su explicación en otro precepto constitucional».

decrete las medidas cautelares[622]. No se produce una eliminación de la contradicción, sino que se pospone la misma por razones de necesidad de la propia tutela[623]. Desde luego, en nuestro ordenamiento dicha posibilidad no

---

[622] Cfr. VALLS GOMBAU, "La unificación del procedimiento cautelar", ob. cit., pág. 299.

En anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, la dispersión normativa y falta de una regulación unitaria hacía que existiesen diversas posiciones sobre la necesidad de la audiencia previa. Por ejemplo, en el embargo preventivo, partiendo del art. 1403 LEC/1881, el embargo se decretaba sin oír al demandado (vid. ORTELLS RAMOS, *El embargo preventivo,* ob. cit., págs. 133, 134 y 185), justificando dicha opción en que, de conceder audiencia al demandado, este podría realizar actos que hiciesen inútil la medida adoptada (cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, "Teoría general de las medidas cautelares", ob. cit., pág. 89).

Respecto de las medidas indeterminadas del art. 1428 LEC/1881, antes de la reforma de 1984, diversas eran las opiniones sostenidas. Así, CARRERAS LLANSANA, "Las medidas cautelares del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., pág. 588, entiende que la tutela cautelar debía ser adoptada sin dar audiencia al demandado, que posteriormente defendería su posición por vía incidental. Por el contrario, PRIETO-CASTRO, *Exposición del Derecho Procesal Civil*…, ob. cit., t. II, pág. 541, defiende la necesidad, conforme al art. 1420 LEC/1881, de audiencia previa al demandado; coincidentemente, GALLEGO MOREL, M., "El artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", o*b. cit.*, págs. 234, entendía que «si, por el hecho de la audiencia al deudor no se malogra el resultado, creemos debe prestarse tal audiencia y, en todo caso, de acuerdo con los mejores principios»; igualmente, HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, ob. cit., pág. 239.

Tras esa reforma de 1984, se introdujo en el art. 1428 LEC/1881 la necesidad de contradicción, aunque la confusa redacción seguía siendo dudosa si esa contradicción tenía que ser previa o podía ser pospuesta. Cfr. ORTELLS RAMOS, "Las medidas cautelares indeterminadas…", *La tutela judicial cautelar*…, ob. cit., págs. 152 y 153; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado*…, t. II, ob. cit., pág. 878.

[623] En este sentido, RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, t. I., ob. cit., págs. 569 y 570, lamenta que la LEC haya invertido lo que debería ser, en su opinión, la opción más razonable y lógica desde el punto de vista de la efectividad de las medidas que pudiese adoptar el órgano judicial.

aparece actualmente contemplada como la regla general, sino como una excepción, que deberá ser instada por la parte actora, quedando en manos del órgano judicial la decisión de incluir, o no, a la parte pasiva en el debate previo [624].

5.1. La necesidad de audiencia a la parte cautelada

Efectivamente, conforme al art. 733.1 LEC, la regla general será que se ponga en conocimiento de la parte afectada la solicitud de tutela cautelar, con el fin de que pueda comparecer en la vista que para decidir sobre la cuestión se convoque al efecto, pudiendo así ejercer su derecho de defensa[625]. Complementariamente, el art. 733.2 LEC exige al auto que decrete medidas cautelares sin previa audiencia del demandado, que

---

[624] Cfr. ORTELLS RAMOS, "La tutela cautelar y su práctica", ob. cit., pág. 665; también, ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 214. Como señala MALLANDRICH MIRET, "La adopción de medidas cautelares en los Juzgados de Instancia", ob. cit., págs. 17 y ss., los órganos judiciales parecen reacios a acordar este tipo de medidas cautelares.

[625] Cfr. PEDRAZ PENALVA, "La tutela cautela en la Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., pág. 90. Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional siempre se ha mostrado partidaria de aceptar la audiencia diferida, siendo esto conforme al derecho de defensa. En este sentido, vid. ORTELLS RAMOS, *Medidas cautelares*, ob. cit., pág. 288; ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 215.

contenga una motivación clara y precisa de las razones por la que era necesaria esa postergación de la audiencia de parte[626].

No obstante, este principio de necesaria audiencia previa al sujeto pasivo de la tutela cautelar no es compartida por todos los ordenamientos procesales. *Ad exemplum*, el CPCCN argentino, en su artículo 198 dispone que las medidas precautorias se decidirán y cumplirán sin audiencia de la otra parte, que podrá recurrir las mismas una vez que le sean notificadas al ejecutarse[627]. Esta orientación está presente no solo en el CPCCN, sino también en textos provinciales[628] y propuestas doctrinales[629].

Similar es la opción adoptada en el ordenamiento procesal colombiano. El Código de Procedimiento Civil de 1970, en su art. 690.1, letras a) y b), señalaba que las medidas de inscripción de demanda o embargo se ejecutarían antes de notificar al afectado el auto que acordase las mismas[630].

---

[626] Dicha motivación, como señala ORTELLS RAMOS, *Medidas cautelares*, ob. cit., pág. 288.

[627] Sobre la cuestión, vid. CUADRAO, *Código procesal civil y comercial de la Nación*, ob. cit., pág. 290; PALACIO, *Manua de Derecho Procesal Civil*, vol. II, ob. cit., pág. 322.

[628] Cfr. PODETTI, *Tratado de las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 98.

[629] Por todas, MORELLO *et al*, *Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, ob. cit., pág. 71.

[630] Cfr. DEVÍS ECHANDÍA, H., *Compendio de Derecho Procesal*, tomo III, vol. 1º, 5ª ed., Bogotá, 1982, pág. 347, recogiendo la doctrina de la Corte Constitucional que ha avalado que la adopción de medidas cautelares sin audiencia previa, sin que ello entrañe contradicción con el

Su sucesor, el Código General de Proceso de 2012 se pronuncia en un sentido similar en sus arts. 290 y 590[631].

De manera paralela, en el Código Procesal Civil peruano, en su art. 637, se establece que la tutela cautelar, sin excepción, debe ser adoptada sin escuchar a la parte afectada por la cautelar, prescindiendo de su intervención previa a la decisión sobre la medida, de manera que únicamente intervendrán dos sujetos en la tutela cautelar: solicitante y juez. Al finalizar la ejecución de la medida, en acto inmediatamente posterior, se notificará al cautelado, quien recién podrá interponer recurso de apelación, sin efecto suspensivo de manera que, el ejercicio su derecho de defensa quedará retrasado, pero no totalmente eliminado[632].

5.2. La excepcionalidad de la tutela cautelar *inaudita altera pars*

La intervención previa del cautelado a la adopción de la medida cautelar es, como hemos adelantado, la opción preferida por la nueva regulación

derecho al debido proceso, vid. RESTREPO MEDINA, M. A., *Perspectiva constitucional sobre la tutela cautelar judicial*, Bogotá, 2006, págs. 45-46.

631 Vid. PARRA QUIJANO, J., "Medidas cautelares innominadas" en *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, 2013, pág. 318, admite, como excepción a la regla general, que pueda esperar al juez para su decisión a que el demandado comparezca, pero siempre justificando la decisión en la necesidad y eficacia de la medida.

632 Cfr. MONROY PALACIOS, J. J., *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*, Lima, Comunidad, 2002, págs. 232 y 233.

contenida en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, en contraste con la anterior Ley de 1881. Sin embargo, se contempla la posibilidad de suprimir esa audiencia previa al futuro afectado por la tutela cautelar, basándose, fundamentalmente, en dos posibles razones o motivo.

En primer lugar, esta circunstancia podrá fundamentarse en la *urgencia*, en aquellos supuestos en los que se estime que el tiempo necesario para la audiencia constituya una demora exagerada, que suponga la consumación del daño que se pretendía, precisamente evitar[633].

En segundo lugar, la *necesidad de la sorpresa*, cuando la tutela cautela debe llegar de improviso para evitar que la parte afectada por la misma realice actuaciones que, de manera efectiva, impidan que la tutela cautelar cumpla con la función encomendada de protección de la efectividad de la tutela principal, impidiendo que la parte cautelada altere el estado de las cosas en su favor[634].

Las resoluciones de las confirman el habitual desenvolvimiento de estos dos criterios, al señalar que, «si bien la regla general es que el tribunal ha de proveer la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado,

---

[633] Cfr. ORTELLS RAMOS, "La tutela cautelar y su práctica…", ob. cit., pág. 666. También, RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil,* t. I, ob. cit., pág. 570.

[634] Vid. VALLS GOMBAU, J., "Artículo 733", *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, ob. cit., pág. 3331. GARBERÍ LLOBREGAT, "Las medidas cautelares en la Nueva Ley Enjuiciamiento Civil", ob. cit., pág. 103.

el apartado 2 del art. 733 LEC admite, como excepción, que la medida pueda acordarse inaudita parte. Para que proceda apartarse de la regla general de previa audiencia del demandado, el precepto indica que es necesario que el solicitante así lo pida y que, además, acredite que concurren razones de urgencia o - no cumulativamente- que la previa audiencia puede comprometer el buen fin de la medida cautelar. De este modo se está exigiendo al tribunal un juicio preliminar de urgencia o de peligro de ineficacia de la medida como presupuesto habilitante para adoptarla por esta vía excepcional, juicio que será necesariamente primario o previo al examen de los requisitos generales para la adopción de la medida (el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*), debiendo razonarse por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado» [Auto Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 15ª), núm. 66/2010, de 22 de abril de 2010, FJ 4º].

En aquellos supuestos en los que el órgano judicial no acoja los argumentos expuestos por la parte actora sobre la necesidad de adoptar las medidas *inaudita altera pars*, no tendrá que suponer la denegación de la tutela cautelar, sino únicamente la tramitación del procedimiento cautelar en la modalidad excepcional que solicitó la actora[635]. En este momento, el órgano judicial

[635] Cfr. ORTELLS RAMOS, "La tutela cautelar y su práctica en los dos años de vigencia…", ob. cit., pág. 666, GARBERÍ LLOBREGAT, "Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., pág. 104.

ordenará continuar con el procedimiento ordinario, con audiencia, tal y como dispone el art. 733.1 LEC. En todo caso, sería recomendable que la parte solicitante pidiera de modo expreso, que, con carácter subsidiario, si no estimase el tribunal que concurren motivos para adoptar la tutela cautelar sin audiencia, se proceda a continuar por los trámites procesales ordinarios y adoptar las medidas solicitadas previa audiencia.

La exigencia, como regla general, de bilateralidad y audiencia previa se erige, en nuestra opinión en una garantía esencial del debido proceso cautelar, por cuanto permite a la parte que va a sufrir la tutela cautelar defender sus intereses legítimos[636], en un momento procesal en el que todavía no hay elementos suficientes para formar un criterio sólido sobre cuál de las dos pretensiones tiene un fundamento jurídico más sólido. Admitir lo contrario como regla general, aunque pueda suponer, en principio, una mayor eficacia de la tutela cautelar, creemos que rompería cualquier equilibrio e igualdad procesal de las partes, viendo una de ellas notablemente afectada su esfera jurídica sin haber sido previamente vencida en juicio[637]. En todo caso, para asegurar aquellos supuestos imprescindibles,

---

[636] Concordante, en este sentido, CALDERÓN CUADRADO, M. P. "La respuesta de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil a cuatro temas controvertidos en materia cautelar", *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. XXII Jornadas de Estudio*, Madrid, pág. 733.

[637] Cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *Derecho Procesal Civil*, t. III, ob. cit., pág. 406, desde su posición restrictiva señala, con acierto, que no puede llegarse a convertir la cautela en una ejecución sin título y sin defensa previa del demandado. Señala RAMOS ROMEU, *Las medidas*

será conveniente mantener la norma excepcional que admite la tutela cautelar sin audiencia de contrario, que deberá emplearse únicamente cuando concurran verdaderas circunstancias de urgencia e impostergabilidad[638].

Finalmente, como última cuestión, podemos plantearnos si la excepción de la audiencia previa debe quedar aún más restringida en función del contenido concreto de la tutela cautelar. Esto es, si al encontrarnos ante formas de tutela anticipatoria o de tutela autosatisfactiva, formas en las que la inmisión en los derechos del cautelado es de mayor intensidad, debe restringirse al máximo la posibilidad de medidas sin audiencia de la parte contraria[639].

---

cautelares civiles, ob. cit., pág. 627 y ss. que, afirmar que en las medidas debe primar el derecho a la efectividad de la tutela sobre el derecho de defensa, no significa que no se haya de respetar este derecho, sino que se modula o se pospone el mismo a otros momentos. Igualmente, ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 285, recuerda que no está justificado que la tutela cautelar se resuelva sin audiencia del demandado, como regla general, porque en aquella, a diferencia de lo que ocurre en la tutela ejecutiva, no se funda en un título en cuya formación sí ha participado el sujeto pasivo, sino que depende de la existencia de unos presupuestos que ha de apreciar el órgano judicial.

[638] Recordamos nuevamente las palabras de ALMAGRO NOSETE, "Garantías constitucionales del proceso civil", ob. cit., pág. 31 y 32 de que la audiencia debe ser la regla y las excepciones a la misma solo pueden aparecer justificadas por motivos constitucionales.

[639] Vid. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., t. I., pág. 570, sostiene que los factores que justifican la postergación de la audiencia en medidas meramente conservativas también estarán presente en medidas más extremas, en las que se produzca una anticipación prácticamente total de la tutela.

En este punto podemos encontrar argumentos favorables a cada una de las posiciones, es decir, favorables a mantener la excepción o favorables a restringirla al máximo. En favor de mantener la excepción y, por tanto, permitir adoptar los tipos referidos de medidas, puede argumentarse que la razón de esta excepción es que, precisamente, la medida que se acuerde para garantizar la efectividad del proceso sea, asimismo, efectiva y produzca el efecto deseado[640], puesto que esa es la razón de ser de la omisión de la audiencia al demandado. El derecho de defensa del cautelado quedará a salvo al quedar abierta la impugnación de la tutela cautelar en cuanto se le comunique[641].

Contra la posibilidad de adoptar las clases medidas citadas *inaudita altera pars*, puede argumentarse que la inmisión y el efecto en el cautelado es de tal magnitud que no puede concebirse la misma sin una previa oportunidad de defensa. Este aserto nos parece incontestable cuando se refiere a la llamada *tutela autosatisfactiva*, en la que se produce un adelanto completo de los efectos de una eventual sentencia estimatoria, pues, prácticamente,

---

[640] Cfr. MITIDIERO, *Anticipación de tutela*, ob. cit., pág. 106, señala que «la posibilidad de que el *tiempo* o la *actuación* de la parte contraria *frustre la efectividad de la anticipación de tutela* constituye un presupuesto para la *postergación del contradictorio* en el proceso civil».

[641] En sentido, PEYRANO y EGUREN, "El acceso a la 'justicia oportuna'…", ob. cit., pág. 594 y 595, defienden que las medidas autosatisfactivas «no merecen quedar veladas detrás de los prejuicios garantistas, pues la bilateralidad se encuentra en ellas sólo postergada, pero jamás abdicada»

quedaría solventada la litis sin oír a una de las partes[642]. Así parece que se está aceptado incluso entre la doctrina más proclive a admitir este tipo de formas de tutela y así entendemos, en nuestra modesta opinión, que es necesaria a la audiencia previa a la tutela satisfactiva para respetar los elementos esenciales del debido proceso[643].

Más dudoso sería el supuesto de la tutela de contenido anticipatorio, pues, en este supuesto, no estamos hablando de la satisfacción anticipada, sino de poner en marcha, aun temporalmente, alguno de los efectos que podría alcanzarse con la futura sentencia, con el objetivo de asegurar la completa efectividad de la misma. La invasión de la esfera jurídica del cautelado será, por tanto, mucho menor y con una finalidad aseguratoria, no satisfactiva, por lo que no habría impedimento para aceptar este tipo de procedimiento con la defensa postergada[644].

---

[642] DE LOS SANTOS, "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", ob. cit., pág. 26; PICÓ I JUNOY, "De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas", ob. cit., pág. 279. También, BARREIRO, V. "Las medidas autosatisfactivas. Su recepción en nuestro ordenamiento jurídico", ob. cit., pág. 456.

[643] Cfr. PEYRANO, "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares", ob. cit., pág. 940; PEYRANO y EGUREN, "El acceso a la 'justicia oportuna'…", ob. cit., pág. 594 y 595.

[644] Cfr., PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en los procesos de propiedad industrial*, ob. cit. pág. 278, admite que, aunque la regla general, debido a la gravedad de estas medidas, es que se adopten con audiencia del demandado, tendrá que contemplarse la excepción de que puedan concederse sin audiencia atendiendo a las necesidades de efectividad.

5.3. Oposición a la tutela acordada *inaudita altera pars*

En aquellos casos en los que la tutela cautelar se haya concedido sin previa audiencia del afectado, el mecanismo previsto por nuestro ordenamiento para hacer efectivo su derecho de defensa es este incidente de oposición a la medida cautelar. La posibilidad de defensa postergada se ha configurado, en algunos ordenamientos, como un recurso contra la resolución judicial que acuerda la medida[645]. En nuestro ordenamiento, la LEC ha configurado un incidente de oposición a las medidas acordadas sin audiencia de demandado, dedicando un capítulo separado a su regulación (arts. 739 a 742), pudiendo resultar de él una modificación, alzamiento o mantenimiento de las medidas que se hubiesen acordado en el auto inicial[646].

El plazo que se concede para interponer esta oposición es de veinte días, según el art. 739 LEC, los cuales deberán contarse a partir de la notificación

---

[645] Por ejemplo, en Argentina, (vid. PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, t. II, ob. cit., pág. 323), se interpondrá recurso de apelación. De manera similar, en Colombia, cfr. TRUJILLO LONDOÑO, F. J., "Las medidas cautelares en el contexto del Código General del Proceso colombiano", *Criterio Jurídico Garantista*, núm. 11, 2014, pág. 180.

[646] A favor de la posibilidad de que la resolución judicial tras la oposición modifique las medidas adoptadas, decretando otras diferentes y menos graves a las inicialmente señaladas, vid. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 366.

Señalando únicamente la posibilidad de revocar las medidas adoptadas o confirmar su vigencia, vid. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Civil*, t. II, ob. cit., pág. 572; GARBERÍ LLOBREGAT, "Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., pág. 104; GÓMEZ COLOMER, "El novísimo procedimiento cautelar civil", ob. cit., pág. 17.

del auto que inicialmente decretó las medidas cautelares, de manera que, conforme al art. 133.1 LEC, dicho plazo comenzará al día siguiente a que se reciba el concreto acto de comunicación que ponga en conocimiento el auto de adopción[647].

La oposición se sustanciará mediante escrito en el que se expongan los motivos por los que deba alzarse la medida cautelar, siendo posible incluir cualquier hecho o circunstancia que el cautelado pudiese haber introducido o alegado en la audiencia y que, por su omisión, no pudo aportar en ese mismo momento, como pueden ser la ausencia de los requisitos o presupuestos esenciales que recoge el art. 726 LEC: la ausencia del *periculum in mora*, la inconsistencia de la apariencia de buen derecho del solicitante, o cualquier alegación que pueda desvirtuar los motivos que llevaron a acordar la medida[648]. Además, el cautelado que se oponga a la medida también podrá ofrecer, en ese momento, caución sustitutoria de la misma[649].

---

[647] Cfr. VALLS GOMBAU, "Artículo 799" en *Comentarios a la Nueva Ley*…, ob.cit., t. III, pág. 3355. Del mismo autor, también, "La unificación del procedimiento cautelar", ob. cit., pág. 277.

[648] Vid. ORTELLS RAMOS "La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia…", ob. cit., pág. 676; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, t. I., ob. cit., pág. 572; GÓMEZ COLOMER, "El novísimo procedimiento cautelar civil", ob. cit., pág. 17.

[649] Vid. ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 246. También CALDERÓN CUADRADO, "La respuesta de la nueva Ley a cuatro temas controvertidos en materia cautelar", ob. cit., pág. 733.

Conforme a la característica predicada de provisionalidad y variabilidad de la tutela cautelar, en definitiva, atendiendo a la máxima *rebus sic stantibus*, el cautelado podrá alegar en la oposición no solo todas las causas que hubiesen existido al momento en que se solicitó la tutela cautelar, sino también todos los hechos y circunstancias que hubiesen ocurrido con posterioridad, hasta el momento mismo de la oposición[650]. No se produce aquí preclusión de ningún tipo, pues mediante este trámite lo que se pretende es examinar si es realmente necesaria, adecuada y proporcionada la tutela cautelar inicialmente decretada, por lo que no sería conforme a lo razonable que el órgano judicial mantuviese una medida que resultase o hubiese devenido en innecesaria, únicamente porque los elementos que fundan esa circunstancia hubiesen ocurrido en un momento posterior a la petición de la tutela por el solicitante[651].

---

[650] En este sentido, ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 364; en idéntico sentido, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, "Artículo 740", *Comentarios a la Ley de Enjuciamiento Civil*, t. II, pág. 729.

[651] En contraste, admitir la posibilidad de que el demandado introdujese nuevos hechos en este momento de la oposición supondría impedir un derecho de defensa en condiciones de igualdad, PÉREZ DAUDÍ, "Las medidas cautelares", *Instituciones*, t. III, ob. cit., pág. 629.

6. MOMENTO PROCESAL DE LA SOLICITUD

En líneas generales, se ha venido entendiendo que dos son los momentos procesales adecuadas para la solicitud de tutela cautelar: antes de la interposición de la demanda que inicie el proceso principal o a través de la propia demanda mediante la cual se pretende iniciar el proceso[652]. Sin embargo, con cierta frecuencia se olvida la posibilidad de que la tutela cautelar sea solicitada una vez que se haya puesto en marcha el proceso, por dos motivos. En primer lugar, debemos tener presente que nuestro ordenamiento procesal contempla la posibilidad de la demanda reconvencional, momento en el cual la parte inicialmente demandada podrá solicitar la adopción de aquellas medidas cautelares necesarias para el aseguramiento de su pretensión[653]. En segundo lugar, nuevamente apoyándonos en el principio *rebus sic stantibus*, deberá permitirse la solicitud de medidas cautelares en cualquier momento del proceso, atendiendo a los cambios en la realidad que permitan afirmar la concurrencia de los requisitos necesarios para adoptar esta forma de tutela[654].

---

[652] *Ad exemplum*, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "Las medidas cautelares", *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág. 403, señala como regla general la solicitud con la demanda, y como excepción, por razones de urgencia y necesidad, la adopción anterior a la demanda.

[653] Cfr. VALLS GOMBAU, "Artículo 730", *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, ob. cit., pág. 3311.

[654] En este sentido, GÓMEZ COLOMER, "El novísimo procedimiento cautelar", ob. cit., pág. 13; LORCA NAVARRETE, "Artículo 730", *Comentarios…*, t. III, ob. cit., pág. 3858;

En este sentido, nuestro ordenamiento procesal es favorable a permitir la solicitud de medidas cautelares en cualquier momento, como así se ha recogido en los art. 730, apartados 1, 2 y 4 LEC, que examinaremos a continuación.

6.1. Tutela cautelar *ante causam*

La tutela cautelar solicitada *ante causam* o previa a la demanda[655] está sometida a los mismos presupuestos que cualquier otra forma de tutela cautelar, con el añadido de que será necesaria la concurrencia de razones de *urgencia* o *necesidad* que justifiquen que las mismas han de ser decretadas antes, incluso, del inicio del proceso cuya efectividad pretenden asegurar[656].

MOSCOSO TORRES, "Medidas cautelares", *Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, ob. cit., pág. 1469, señala la crítica, en su opinión injustificada, de algunos sectores de la abogacía a esta limitación.

[655] La doctrina bajo la Ley de 1881 se dividía, respecto de las medidas a adoptar con fundamento en el art. 1428 LEC/1881 en dos posiciones fundamentales. A favor, vid. GALLEGO MOREL "Artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., pág. 222; en contra CARRERAS LLANSANA, "Las medidas cautelares del artículo 1.428 de la LEC", ob. cit., pág. 587, aunque sí señala la posibilidad de adoptarlas con posterioridad a ese momento inicial del proceso. Tras la reforma de 1984, se admitió la posibilidad de que fuera solicitadas antes de la iniciación del proceso (vid. RAMOS MÉNDEZ "Artículo 1428", en *Comentarios a la Reforma*…ob. cit., pág. 693).

[656] Cfr. PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, ob. cit., pág. 152; GÓMEZ COLOMER "El novísimo procedimiento cautelar civil", ob. cit., pág. 12; GASCÓN INCHAUSTI, "Fundamento", *La adopción de las medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Barcelona, 2004, págs. 2 y 3.

Bastará con que concurra una de estas razones, pero en la práctica podrán alegarse ambas y lo normal será que estas dos circunstancias puedan concurrir simultáneamente con aquellas que justifican la adopción de medidas sin audiencia previa de la parte contraria[657].

En este supuesto, el procedimiento para resolver sobre la petición de tutela cautelar de esta clase es el previsto con carácter general en los art. 732 LEC y siguientes[658]. El órgano judicial podrá acordarlas, con o sin audiencia de la parte contraria, siempre que el actor así lo hubiese solicitado y concurran los requisitos previstos en el art. 733 LEC[659].

Como hemos adelantado, el solicitante de la tutela cautelar debe exponer y acreditar suficientemente las razones de urgencia y necesidad que justifican la adopción de medidas antes del inicio del proceso[660]. Corresponderá al

---

[657] Vid. ORTELLS RAMOS y CALDERÓN CUADRADO "La tutela judicial cautelar…", ob. cit., pág. 135; GARBERÍ LLOBREGAT, "Medidas cautelares y proceso cautelar", ob. cit., pág. 107; ORTIZ PRADILLO, "Las medidas cautelares en los procesos mercantiles", ob. cit., pág. 170.

[658] Así, PÉREZ DAUDI, "Las medidas cautelares", *Instituciones*…, vol. III, ob. cit., pág. 608.

[659] Significativamente, la doctrina italiana ha venid entendiendo que estos supuestos de tutela cautelar *ante causam* vienen justificador por la existencia de un *periculum in mora* agravado o cualificado, que, en plástica expresión, ha sido denominad por algunos como «*periculum* al quadrato». Vid., DE MATTEIS, S., *La riforma del processo cautelare: Analisi sistemica e profili operativi del nuovo rito autelare*, Milano, 2006, págs. 357 y 753; GIORDANO, R., *La tutela cautelare uniforme. Prassi e questioni*, Milano, 2008, págs. 137.

[660] Cfr. la jurisprudencia *menor* ha sido consistente en la apreciación y caracterización de estos elementos, como los autos de las Audiencias Provinciales de Tarragona de 30 de octubre 2012

órgano judicial apreciar y ponderar las razones expuestas que, en caso de no concurrir deberán ser tenidas en cuenta como causas autónomas e independientes de denegación de la tutela cautelar. La resolución denegatoria por estos motivos alcanzará, en este caso, únicamente a la posibilidad procesal de solicitar las medidas *ante causam*, de manera que, aun denegadas por no concurrir estos motivos, podrán ser solicitadas nuevamente junto con la demanda principal. Desde una interpretación restrictiva de la tutela cautelar, que no compartimos, se ha señalado que el órgano judicial deberá considerar que las medidas solicitadas tengan por objetivo asegurar la ejecución de una eventual sentencia condenatoria, sin que mediante las mismas puedan instrumentarse como una forma de presión directa e inmediata sobre la voluntad y posición del demandado.

Para estos supuestos, la LEC señala un plazo de veinte días a la parte activa para presentar la demanda del proceso principal que se pretenda asegurar mediante esta forma de tutela (art. 730.2.II LEC)[661], señalando como consecuencia de la no incoación en ese plazo de la demanda que la medida

(Secc. 3ª, núm. 132/2012); Alicante de 23 de septiembre de 2016 (Secc. 8ª, núm. 112/2016); Las Palmas de Gran Canaria (Secc. 5ª, núm. 16/2017).

[661] Cfr. PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en los procesos civiles*, ob. cit., pág. 225. Señala ARMENGOT VILAPLANA, A., "La modificación y el alzamiento de las medidas cautelares", *Práctica de Tribunales*, núm. 106, 2014, pág. 12, señala que, en todo caso, el proceso que se trate de iniciar deberá tener relación con directa con la tutela cautelar acordada, de manera que, si no existiera esa conexión, decaerá la resolución cautelar.

cautelar quede sin efecto[662]. Dicho efecto se ordenará de oficio por el Letrado de la Administración de Justicia, que dispondrá el levantamiento de todos los actos realizados en cumplimiento de esta tutela cautelar y, a su vez, condenando al solicitante al pago de las costas y a la satisfacción de los daños perjuicios que hubiera soportado el cautelado[663].

Este precepto nos parece, en nuestra modesta opinión, un decidido posicionamiento de la LEC en favor de la instrumentalidad de la tutela cautelar[664] respecto del resto de formas de tutela judicial y una cierta negación de la posible autonomía funcional de la misma.

---

[662] Vid. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Civil*, t. II, ob. cit., pág. 574. Para RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., pág. 566, entiende que el plazo de veinte días es demasiado ajustado, que serían más adecuado plazos más amplios y menos asfixiantes. En este sentido, sería interesante importar la norma del proceso italiano que señala un plazo legal alterable por decisión judicial, que podrá, si lo considera necesario, señalar un plazo diferente al legal (art. 669-*octies* CPC, vid. MERLIN, E. "Le cause della sopravvenuta ineficacia del provvedimento", en TARZIA, G., y SALETTI, A. (Dirs.) Il proceso cautelare, Padova, 2011, pág. 447.

[663] Cfr. RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles*, ob. cit., págs. 292-293, señala que, aunque existe cierto consenso que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva y de liquidación inmediata de daños (vid. PÉREZ DAUDÍ, "Las medidas cautelares", *Instituciones*…, vol. III, ob. cit., pág. 756; GARBERÍ LLOBREGAT, "Medidas cautelares y proceso cautelar", ob. cit., pág. 107; SERRA DOMÍNGUEZ, *Teoría general de las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 111), señala que es posible que exista una causa que justifique la falta de interposición, como señala ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 416, en el caso de que no se inicie el proceso por satisfacción extraprocesal de la petición del demandante.

[664] En este sentido, PEDRAZ PENALVA, "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., pág. 60.

Como hemos señalado en páginas anteriores, los últimos avances en formas de tutela urgente han llevado a proponer a algunos autores, siguiendo la estela de las medidas autosatisfactivas impulsadas por PEYRANO en Argentina a desvincular, al menos parcialmente, la tutela cautelar *ante causam* de un proceso principal anterior. Como señalamos, en esa novedosa forma de tutela no es necesario que, una vez concedidas las medidas solicitadas, el actor inicie un proceso principal, sino que quedará en manos de la parte cautelada el intentar el levantamiento de las medidas a través de diferentes mecanismos procesales. En este mismo sentido, PROTO PISANI propuso la posibilidad de que, en las medidas que anticipasen el contenido de la eventual sentencia favorable, la carga de comenzar el proceso principal correspondiera al cautelado[665].

En este sentido las últimas reformas del procedimiento cautelar italiano, en especial con la introducción de los arts. 669-*octies* y 669-*novies* CPC han acogido cierta tendencia a desvincular algunas formas de tutela cautelar

---

[665] Así en PROTO PISANI, "I provvedimenti…", *Appunti*…, ob. cit., págs. 410 y 411, entiende como contrario a la economía judicial que se obligue a iniciar un procedimiento judicial a quién ya ha visto satisfechos, aunque sea provisionalmente, sus interese mediante la medida anticipatoria, por lo que la carga deberá desplazarse al demandado o cautelado para que intente alzar las medidas acordadas. Una postura crítica con este planteamiento es la de MONTESANO, L., "Problemi attuali e riforme opportune dei provvedimenti cautelari, e in specie d'urgenza, nel processo civile italiano", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 2, 1985, págs. 232 y 233, señalando que la vinculación de la tutela cautelar a un proceso ordinario sobre el fondo no debía ser alterada, pues alterar la misma y prescindir del juicio ordinario supondría quebrar la necesaria igualdad de las partes ante el proceso.

respecto de un proceso principal, optando por una instrumentalidad atenuada[666]. Así, como regla general, el art. 669-*novies* CPC señala que, cuando sean dictadas *ante causam*, la resolución cautelar perderá su eficacia si en el plazo de 30 días no se interpone la demanda. Sin embargo, en el art. 669-*octies*, párrafo 6º excluye la aplicación de esa norma de los *provvedimenti di urgenza* del art. 700 CPC y de aquellas resoluciones cautelares que anticipen los efectos de la sentencia de fondo. De esta manera, la parte actora no queda obliga a interponer una demanda, salvo que tenga interés en ello, como podría ser conseguir una resolución definitiva que consolide su posición, pues estas resoluciones cautelares no tendrán eficacia en otro proceso (art. 669-*octies*, pár. último CPC).

En esta posición se ha situado algún sector de la doctrina pidiendo la flexibilización de la instrumentalidad para aquellas medidas cautelares de contenido y naturaleza anticipatoria. Como señalamos, así se pronunció RAMOS MÉNDEZ[667] y así ha sostenido posteriormente[668], aunque sin

---

[666] Vid. PROTO PISANI, A. "La tutela cautelar", en *La tutela jurisdiccional*, trad. Marinelli, ob. cit., pág. 392, donde se refiere a esta regulación como una muestra de la instrumentalidad atenuada de la tutela cautelar.

[667] Vid. RAMOS MÉNDEZ, "*Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*", ob. cit., págs. 77 y 78, donde defiende que, si una medida cautelar satisface suficientemente los intereses de las partes y resuelve el conflicto, el proceso principal deviene, entonces, innecesario.

[668] Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., pág. 534, señala que una solución intermedia entre la instrumentalidad *stricto sensu* y la absoluta autonomía o autosuficiencia estará en «invertir la iniciativa [de iniciar el proceso principal] y hacerla recaer sobre el que

llegar a reclamar la introducción de formas de tutela autosatisfactivas, la idea de flexibilizar la obligación del actor cautelar de entablar un proceso principal.

En nuestra modesta opinión, la solución puede ser adecuada y mantener a salvo las garantías y derechos de todas las partes en conflicto. Por un lado, se deja al actor libertad para iniciar o no el proceso principal, según el interés que tenga en ello, pues puede bastarle tanto la situación creada por la tutela cautelar, como entender que necesita una resolución definitiva que pueda llegar a adquirir fuerza de cosa juzgada. Por otro lado, se deja al cautelado valorar sus posibilidades de dar la vuelta a la situación, evitándole, si no cree que tenga oportunidad de vencer, un proceso largo y económicamente costoso que puede llegar a perjudicar más su posición; pero también, queda a salvo su derecho a defender su posición y ser oído en juicio antes de una solución definitiva de la litis[669].

---

padece la medida, pes podía aventurarse su posible falta de reacción en muchos casos. Si su posición es la de anuencia con la regulación provisional del litigio que encierra toda medida cautelar, podrían evitarse pleitos "confirmatorios" de una situación ya reglada». Esta idea de la tutela cautelar como composición provisional de la controversia aparece en CARNELUTTI, *Diritto e processo*, ob. cit., pág. 356, aunque concluye que no es suficiente para explicar por sí misma la naturaleza de la tutela cautelar.

[669] Señalaba CALAMANDREI, "El proceso como juego", en *Estudios sobre el Proceso Civil,* trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1986, pág. 282 que «el embargo, de medio cautelar, pasa frecuentemente a ser un medio de coacción psicológica, un medio expeditivo, podría decirse, para garrar al adversario por el cuello; no sirve (como hipócritamente se dice) para mantener durante el curso de la litis la igualdad de las partes y la estabilidad de sus respectivas situaciones patrimoniales, sino que sirve, por el contrario, para poner a una de las partes en condicione

Además, un problema adicional se nos plantea en este supuesto, en relación con la competencia territorial de los diferentes órganos judiciales. Debemos situarnos ante el supuesto de una solicitud de medidas *ante causam* frente al órgano judicial que según los fueros legales de competencia se aquél al que, en principio, corresponde conocer del asunto principal. Una vez decretadas las medidas por este órgano, se inicia el plazo para presentar la demanda principal que, conforme al art. 730.2.II LEC deberá ser ante el mismo tribunal que decretó las medidas. ¿Elimina, por tanto, la adopción de medidas *ante causam* la posibilidad de someterse a un tribunal diferente para la demanda principal cuando estemos ante fueros legales no imperativos?

La respuesta que parece ofrecer la LEC en este punto es afirmativa. Sin embargo, esa disposición puede, en nuestro parecer, tener aristas o elementos oscuros. La anterior disposición supondría atribuir a la solicitud de tutela cautelar anterior a la demanda efectos propios de la misma demanda, como puede ser la *perpetuatio iurisdictionis*[670], pero únicamente

talles de inferioridad, que se la constriña, antes de decidirse la litis, a pedir merced por asfixia. Todos los abogados saben que conseguir la obtención de un embargo significa, muy a menudo haber vencido en la causa».

[670] Por *perpetuatio iurisdictionis* debe entenderse aquel efecto propio de la demanda «se perpetúa por toda la duración del proceso la competencia poseída por el juez en el momento en que tiene lugar la litis pendencia», vid. FAIRÉN GUILLÉN, *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, pág. 503. Vid. STS, Sala 1ª, 241/2013, de 5 de mayo, FJ 5º, pár. I.

cuando dicha solicitud de medidas haya sido estimada. Si la misma fuese rechazada por el órgano judicial, nada se señala en la LEC de que una posterior demanda sea necesariamente presentada ante el mismo órgano que rechazo esa solicitud de medidas *ante causam*.

En nuestra opinión, aquí se produce una discordancia en la coherencia sistemática interna de la propia LEC, pues no alcanzamos a entender por qué, en el caso de resolución estimatoria, si se produce la prórroga de la competencia y en el supuesto de resolución denegatoria queda expedita la posibilidad de acudir a otro tribunal. Entendemos que la solución más adecuada sería que no se produjese prórroga alguna de la competencia territorial por motivo de estas medidas cautelares, dando la mayor libertad a las partes para elegir finalmente el órgano judicial que resuelva el conflicto, en concordancia con el principio general del carácter no imperativo de los fueros territoriales. En este planteamiento, la posición de la parte cautelada quedaría siempre protegida, pues si se tratase de iniciar el proceso principal en un órgano distinto al señalado por el fuero legal siempre podrá hacer uso de la declinatoria para evitar la sumisión tácita. Tampoco vemos, en principio, ningún riesgo derivado de una supuesta "desconexión" entre las medidas cautelares *ante causam* y el proceso principal en el caso de que se sustancien ante órganos diferentes, pues la revisión de las medidas inicialmente adoptas correspondería al órgano que conozca del proceso

principal –igual que ocurre en los supuestos de medidas adoptadas con carácter de urgencia por órganos incompetentes[671].

6.2. Petición de la tutela cautelar junto con la demanda

Según la propia LEC, en su art. 730.1, el momento procesal ordinario para solicitar la tutela cautelar es del de la demanda, de manera que, conjuntamente con la petición de tutela principal se solicite la petición de tutela cautelar[672]. Para este tipo de solicitudes la LEC no exige ningún requisito adicional o especial, a diferencia del resto de supuestos, por lo que, ordinariamente, esta es la vía empleada para solicitar la tutela cautelar[673].

La petición de tutela cautelar a través del propio escrito de demanda tiene, en nuestra opinión, dos ventajas respecto al resto de formas. En primer

---

[671] Aunque en principio favorable a una postura en la que la competencia cautelar quede férreamente unida a la competencia del proceso principal, señala CUCARELLA GALIANA, "Órgano jurisdiccional competente en materia cautelar…", ob. cit., pág. 741, que para aquellos supuestos de adopción de medidas *ante causam* por un órgano judicial incompetente para evitar la producción de daños irreversibles, inminentes e irreparables, sería interesante articular un mecanismo para que el órgano competente atraiga para así la pieza cautelar y conozca de sus futuras incidencias. Este mecanismo también podría permitirse, en nuestra opinión, para dar mayor libertad a las partes en la elección de fueros cautelares.

[672] Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, "Medidas cautelares y proceso cautelar", ob. cit., pág. 93; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., pág. 566, quien entiende que estamos ante una concepción errónea, pues perderán parte de su efectividad.

[673] Cfr. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Civil*, t. II, ob. cit., pág. 568.

lugar, el actor puede valerse de la fundamentación fáctica y jurídica contenida en la demanda para justificar la concurrencia del presupuesto del *fumus boni iuris*, pues serán comunes los hechos en los que pretenda apoyar la petición de fondo y los datos o elementos en los que funde la apariencia de derecho necesaria para la adopción de la tutela cautelar[674]. En segundo lugar, resulta mucho más sencillo referirse a aquellos documentos y medios de prueba que se adjunten con la demanda para sostener la pretensión principal que también sirvan para fundamentar la petición cautelar, evitando así presentar varias veces los mismos medios de prueba[675].

6.3. Petición de tutela cautelar posterior a la demanda

El legislador de 2000 adoptó una posición más restrictiva para el supuesto de que la tutela cautelar se solicite una vez iniciado el proceso principal[676]. En estos supuestos, deben consignarse los hechos y circunstancias que, habiendo variado desde que se entablase el proceso principal, justifican la

---

[674] Vid. VALLS GOMBAU, "La unificación del procedimiento cautelar", ob. cit., pág. 284, señala que supondrá la necesidad de que la petición cautelar tenga forma escrita, excluyéndose la oralidad.

[675] Así, DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil*…, ob. cit., págs. 405 y 406.

[676] Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, t. I, ob. cit., pág. 566 y 567, es especialmente crítico con esta posición restrictiva, con bastante razón, pues sostiene que lo importante será que la medida sea procedente o no.

necesidad de la tutela cautelar solicitada en ese momento[677]. No impedirá esto que en la fundamentación de la instancia se incluyan hechos o circunstancias previas a la demanda, siempre que no hubiesen sido conocidos en el momento, pero será necesario que concurran otras que, en aquel momento no existían o no pudieron conocerse[678].

En este sentido, la regulación de la LEC aparece como más indeterminada y menos taxativa[679] que en lo referido a los hechos nuevos respecto de la cosa juzgada (art. 222.2 LEC) o los documentos que pueden aportarse con posterioridad a la demanda (art. 270 LEC). No se exige, por tanto, que el cumplimiento de los requisitos necesarios para la adopción de la tutela cautelar se fundamente únicamente en hechos acaecidos o conocidos después de la demanda, sino que podrán tenerse en cuenta hechos anteriores que, interpretados conjuntamente con los nuevos acontecimientos permitan

---

[677] Vid. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Civil*, t. I, ob. cit., pág. 568; PÉREZ DAUDÍ, "Las medidas cautelares", *Instiuciones*…, vol. III, ob. cit., pág. 602.

[678] En este sentido, ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procedimientos mercantiles*, ob. cit., pág. 181.

[679] En todo caso, señalan tanto ORTELLS RAMOS "Tutela cautelar en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., págs. 453 y 454, como SERRA DOMÍNGUEZ, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág. 97, que esta norma introduce limitaciones innecesarias a la posibilidad de solicitar tutela cautelar iniciado el proceso.

afirmar, por ejemplo, que concurre un peligro de frustración o de insatisfacción que anteriormente no existía[680].

En la práctica no será sencillo encontrar un hecho o circunstancia novedoso que no sea posterior o no conocido en el momento de la demanda y que, a su vez, sirva para justificar completamente la pretensión de tutela cautelar. Principalmente estos hechos entendemos que podrán referirse a un aumento del *periculum in mora*, esto es, un aumento en la posible ineficacia o falta de efectividad de la futura sentencia: hechos que supongan un mayor riesgo de insolvencia o quiebra patrimonial del demandado, escasez o fluctuación en los precios y disponibilidad de una cosa genérica que es reclamada, etc. También, podrá estimarse, por ejemplo, la conducta del propio demandado frente a alguna de las medidas cautelares que se hayan acordado con anterioridad, de manera que su incumplimiento revele mayores posibilidades de que el mismo intente hacer ineficaz el proceso[681].

---

[680] Así, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, "Artículo 730", *Comentarios*…, t. II., ob. cit., pág. 709; también GÓMEZ COLOMER, "el novísimo procedimiento cautelar civil", ob. cit., pág. 13.

[681] En este sentido, VALLS GOMBAU, "La unificación del procedimiento cautelar", ob. cit., pág. 320.

7. CONTENIDO DE LA SOLICITUD DE TUTELA CAUTELAR

Esencialmente, el solicitante de la tutela cautelar deberá incluir todos los elementos que permitan al órgano judicial formar su decisión sobre la petición y el cumplimiento de los requisitos legalmente señalados para la adopción de la tutela cautelar[682]. Por tanto, deberán incluirse una serie de extremos que enumeramos a continuación.

En primer lugar, en el caso de que las medidas sean solicitadas de forma previa al inicio del proceso principal que se pretenda asegurar, el actor deber acreditar las razones de urgencia o de necesidad necesarias para sostener la necesidad de acordar esta clase de tutela cautelar *ante causam*[683]. En el caso opuesto en que se solicitasen con posterioridad a la demanda, deberá justificarse que concurren las circunstancias que permiten solicitar la tutela cautelar en ese momento procesal.

En segundo lugar, deberá hacerse constar una enumeración de aquel o aquellos efectos cautelares concretos que se interesen, justificando el cumplimiento de los diferentes elementos del principio de proporcionalidad que aparecen desperdigados en la regulación de las medidas cautelares: necesidad de las medidas para asegurar la ejecución (art. 721.1 LEC), la

---

[682] En este sentido, GÓMEZ COLOMER, "El novísimo procedimiento mercantil", ob. cit., pág., 13.

[683] Vid. ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 189

adecuación o idoneidad de las medidas al objetivo pretendido (art. 726.1.1º LEC); y el juicio de proporcionalidad, de manera que se estén contemplando los efectos cautelares menos inmisivos para con la esfera del cautelado (art. 726.1.2º LEC)[684].

Seguidamente, se deberá justificar el cumplimiento de los diferentes presupuestos cuya concurrencia es imprescindible para la adopción de la tutela cautelar[685],, recogidos en los art. 728 LEC, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, que serán los que el órgano judicial deba examinar con la mayor prudencia y rigor atendiendo a los documentos y demás medidos de prueba en los que la parte actora pretende fundar la medida concreta.

Finalmente, se deberá incluir el ofrecimiento de caución, concretando de qué tipo se ofrece a constituirla y justificando el importe que se propone para asegurar, según lo previsto en los arts. 529 y 732.3 LEC[686].

---

[684] Como afirma PEDRAZ PENALVA, "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., págs. 48 y 49, siendo consecuentes y aplicando al extremo el principio dispositivo se deberá exigir al solicitante que delimite lo más precisamente posible el contenido de la tutela solicitada.

[685] En el caso de que no se consignen los mismos, señala PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en los procesos civiles*, ob. cit., pág. 160, que, si se inadmite la solicitud, esto permitirá al solicitante subsanar sus efectos y plantear una nueva. Sin embargo, si se desestimase la misma, lo que entiende como más correcto, no podrá el solicitante volver a plantear la solicitud por los mismos hechos.

[686] Mediante el ofrecimiento de caución, apunta RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles*, ob. cit., pág. 387, se permite al solicitante llevar la iniciativa en el debate sobre la cuantía y el medio de la misma, aunque entiende que es un requisito formal totalmente prescindible. Por

La necesidad de cumplir con todos estos elementos se justifica en el principio de aportación de parte que rige en el proceso civil, concurrentemente con las reglas de la carga de la prueba del art. 217.6 LEC[687]. Adicionalmente, la facultad de proponer pruebas para justificar la tutela cautelar precluye para el solicitante cautelar con la propia solicitud (art. 732.2.II LEC)[688].

8. LA AUDIENCIA PARA DECIDIR LA TUTELA CAUTELAR

Para el desarrollo de la vista será necesaria, previamente, la convocatoria del Letrado de Administración de Justicia, que deberá realizarse en el plazo de cinco días a contar desde que se produjo la notificación al demandado, para celebrar la vista dentro de los diez días siguientes (art. 734.1 LEC)[689].

---

su parte, PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas en los procesos de propiedad industrial*, ob. cit., pág. 273, entiende que será conveniente ofrecerla incluso en aquellos supuestos en los que expresamente la norma no la exija, siguendo la idea planteada por CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas*…, ob. cit., pág. 179.

[687] En este sentido, PÉREZ UREÑA, "La acreditación del peligro de la mora procesal y la apariencia de buen derecho del art. 728 LEC para la concesión de las medidas cautelares", *Práctica de Tribunales*, núm. 106, 2014, págs. 46 y 47.

[688] Cfr. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, "Art. 732", *Comentarios*…, ob. cit., pág. 714, afirma que este momento es preclusivo, a salvo de los medios idóneos de prueba que pudieran descubrirse con posterioridad.

[689] Advierte RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil,* t. I, ob. cit., que esta regulación legal supone diferir la adopción de medidas cautelares durante un mes desde el momento de su solicitud, plazo absolutamente excesivo y que podría frustrar su propia eficacia.

En todo caso, si el actor cautelar no acudiese a la vista, se le tendrá por desistido, siendo entonces condenado al pago de las costas del incidente[690]. Para el caso opuesto en el que no compareciese el demandado, la vista continuará únicamente con el actor, pero ello no significará el allanamiento del eventual cautelado[691].

La vista, conforme a lo dispuesto en el art. 734 LEC, se iniciará mediante las exposiciones de los *petita* del actor o solicitante y del demandado, que deben guardar, sustancialmente, correlación con la solicitud realizada. Las alegaciones deberán limitarse a los requisitos de las medidas cautelares, sin necesidad de referirse a otros elementos del fondo del proceso, en ese momento innecesarios y que pueden influir y condicionar innecesariamente al órgano judicial[692].

---

[690] Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, "Medidas cautelares y procesos cautelares", ob. cit, pág. 98, con cita del Auto de AP León, sec. 2ª, de 10 de mayo de 2002 (rec. núm. 162/2002), que condena al mismo al pago de costas.

[691] Como señala ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 305, la incomparecencia supondrá para el mismo la preclusión de la posibilidad de realizar alegaciones y medios para acreditar las mismas. Igualmente, PÉREZ DAUDÍ, "Las medidas cautelares", *Instituciones*…, vol. III, ob. cit., pág. 614.

[692] En este sentido, ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 209. Igualmente, VALLS GOMBAU, "La unificación del procedimiento cautelar" ob. cit., pág. 309, advierte que, de no ser así, el procedimiento cautelar se convertiría en una especie de procedimiento paralelo al principal.

Adicionalmente (art. 734.2.II LEC) podrán formularse alegaciones respecto a la caución, así como a su tipo o cuantía, así como del ofrecimiento de caución sustitutoria por parte del sujeto pasivo[693]. Entendemos que, en estos supuestos el órgano judicial deberá conceder los necesarios turnos de réplica y contrarréplica para garantizar un debate de las partes con igualdad de oportunidades.

Durante la propia vista el órgano judicial decidirá sobre la admisión de las pruebas pedidas y aportadas por el actor, para quien precluye el derecho de proponer las mismas con el momento de la solicitud. Una vez decididas las pruebas, se celebrarán las propuestas por el actor y admitidas. De manera similar, el demandado propondrá o practicará la prueba en el acto de la vista al tiempo que realiza su exposición de hechos, siempre que las mismas sean pertinentes (art. 734.2 LEC)[694].

Ante la inadmisión de alguna de ellas, únicamente cabrá la protesta del actor[695], y la subsiguiente inclusión de esta razón o motivo como causa de impugnación en un eventual recurso frente a la resolución cautelar

---

[693] Cfr. GÓMEZ COLOMER, "El novísimo procedimiento cautelar", ob. cit., pág. 15.

[694] Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil,* t. I., ob. cit., pág. 573, recordando que las pruebas deberán ser pertinentes al objeto de acreditar la concurrencia de los presupuestos.

[695] Vid. VALLS GOMBAU, "La unificación del procedimiento cautelar", ob. cit. págs. 309 y 315

desfavorable (art. 734.3 LEC). Esto es, deberá esperar a la apelación contra el auto que acuerde o deniegue las medidas solicitadas[696].

En todo caso, como principio general, frente a las decisiones y resoluciones emitidas durante la tramitación de las medidas cautelares no cabe recurso alguno salvo la protesta que hemos señalado, que vendrá a sustituir el recurso de reposición[697].

Igualmente, la decisión que resuelve sobre si ha de celebrarse la vista con presencia el demandado no es recurrible, lo que no elimina su necesidad de motivación. En todo caso, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la relevancia de los errores de procedimiento cometidos durante el procedimiento cautelar, solo se considerarán aquellos que supongan una efectiva pérdida de garantías y existencia de indefensión, que no será frecuente, por cuanto, aun otorgadas sin audiencia, siempre podrán ser sometidas a posterior oposición[698].

---

[696] En este sentido, ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 211, de manera que el recurrente no podrá plantearse la cuestión impugnada, por primera vez, ante el tribunal *ad quem*, sino que deberá constar la previa disconformidad con la oposición.

[697] Para ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, "Art. 734", *Comentarios*, vol. II, ob. cit., pág. 719, estamos ante el régimen de recursos adecuado paralo qe pretende ser una cognición limitada y con unos plazos reducidos

[698] Sobre la cuestión, cfr. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., págs. 91 y ss. En este sentido, por todas, vid. STC 237/1991, de 12 de diciembre: «no toda irregularidad o vulneración de las normas procesales constituye una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto las garantías básicas que integran el derecho y que permiten la defensa de

9. RESOLUCIÓN SOBRE LA TUTELA CAUTELAR

9.1. Notas generales

Una vez recibida la solicitud de tutela cautelar por el órgano judicial, y sustanciada la vista, salvo en aquellos casos en los que sea necesario prescindir de la misma, resolverá la petición mediante auto[699], que contendrá la decisión de conceder o no la medida cautelar o, en su caso, adecuar el

los intereses en juego en el procedimiento no se vean afectadas. Ello supone que, en el caso de que se alegue la vulneración del mencionado derecho, sólo cabría estimar el correspondiente recurso de amparo si se ha producido un acto u omisión judicial que venga a negar decisivamente la protección procesal de los derechos e intereses legítimos cuya tutela se pretende ante los Tribunales» (FJ 2º, pár. I); y STC 218/1994, de 18 de julio: «cuando únicamente se alega el art. 24.1, debe tenerse presente que no toda vulneración de normas y derechos procesales producida en los procesos relativos a la adopción y ejecución de medidas cautelares es susceptible de convertirse en objeto del recurso de amparo. Desde esta perspectiva, sólo puede atribuirse esta condición cuando lo que se recurre es "un acto u omisión judicial que venga a negar decisivamente la protección procesal de los derechos e intereses legítimos cuya tutela se pretende ante los Tribunales" […] o, en otras palabras, cuando afecta a una medida cautelar que pretenda evitar un daño sobre los derechos e intereses controvertidos en el proceso principal que de producirse llevaría a que el objeto de esos derechos o intereses desapareciera o resultara tan gravemente afectado que sus titulares, aunque obtuviesen una resolución de fondo favorable, no podrían ejercerlo o, cuando menos, no podrían desarrollar todas las facultades que lo conformaban inicialmente» (FJ 3, pár. II). Se reproducen estos mismos argumentos en pronunciamientos más recientes, como la STC 159/2008, de 2 de diciembre, (FJ 2º, pár. II).

[699] Aunque el art. 733.2 LEC únicamente haga referencia a la necesidad de auto cuando las medidas se decidan sin audiencia previa, aplicando las normas generales contenidas en los art. 245 LOPJ y 206 LEC, se alcanza la conclusión de que será necesario un auto para la decisión que resuelva la petición de tutela cautelar. Cfr. ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 216.

efecto cautelar decretado a aquel que sea menos gravoso para el cautelado, pero igualmente válido para el aseguramiento de la tutela definitiva.

La resolución judicial que resuelva la tutela cautelar interesada debe indicar con la mayor de las precisiones posible cuál es la medida cautelar adoptada, describiendo de forma meticulosa cuáles son los efectos cautelares que se acuerdan para el caso concreto y que constituyen la tutela cautelar otorgada. Por ello, por ejemplo, tendrá que señalar cuáles son las conductas que el cautelado tiene que hacer, dejar de hacer o deshacer en cada caso, o deberá indicar los bienes de su propiedad afectados por la tutela cautelar. Cuando la medida cautelar acordada sea de las llamadas típicas, el órgano judicial se ajustará al régimen jurídico de las mismas en cuanto esté regulado, habitualmente por remisión, como ocurre en el art. 738.2 LEC para el embargo preventivo, la administración judicial o la anotación preventiva de demanda en registros públicos. En otro caso, como en las órdenes de cese de una actividad, el tribunal deberá precisar el exacto contenido de la orden y su régimen jurídico correspondiente[700]. En el caso de encontrarse ante una medida atípica, el órgano judicial estará igualmente obligado a esa labor de precisión que hemos señalado, en todo caso sometido, por mor del principio dispositivo, a los límites que le marque la petición del actor, que no podrá desbordar.

[700] Cfr. PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en los procesos civiles*, ob. cit., págs. 181 y 182.

Igualmente, deberá señalar la cuantía, forma y tiempo en que habrá de prestarse la caución que corresponde a la parte actora, atendiendo siempre al régimen establecido por los arts. 728.3 y 529 LEC. En todo caso, la cuantía puede ser variable o parte de ella puede dejarse pendiente del desarrollo de determinados acontecimientos o circunstancias[701].

Para poder detallar estos efectos, previamente el órgano judicial deberá razonar la existencia de todos y cada uno de los requisitos y presupuestos necesarios para la adopción de la tutela cautelar, desde los presupuestos procesales y cuestiones formales que afecten a la admisibilidad –jurisdicción, competencia, capacidad, plazos–; hasta aquellos presupuestos y requisitos que se refieran al fondo, esto es, los que es imprescindible su concurrencia para la concesión de la medida cautelar, en especial, la existencia de un verdadero *periculum in mora*, la justificación de la probabilidad de éxito de la pretensión del solicitante, y la proporcionalidad de los efectos cautelares acordados con el fin pretendido[702].

En el caso de que la resolución sea denegatoria de la tutela cautelar, el auto deberá exponer los fundamentos y circunstancias que justifican la

[701] Vid. RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles*, ob. cit., pág. 409;

[702] En este sentido, ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 309.

denegación, como puede ser la no concurrencia de alguno de los presupuestos necesarios[703].

9.2. Congruencia de la resolución con la solicitud de tutela cautelar

En todo caso, la resolución cautelar, como hemos adelantado, viene siempre condicionada por la necesaria congruencia entre el contenido de la decisión judicial y el contenido del *petitum* del solicitante, consecuencia del principio dispositivo. Por ello, la resolución cautelar no puede decretar, bajo ninguna circunstancia, una medida más gravosa que la solicitada.

Cuestión más controvertida será la posibilidad de que el órgano judicial acuerde la una medida menos lesiva que la solicitada o con una intensidad menor que la inicialmente pretendida. Como señalamos en su momento, la vigencia del principio de proporcionalidad permite al órgano judicial manejarse con cierta libertad y discrecionalidad –que no arbitrariedad– para evitar que la tutela cautelar ocasione perjuicios graves innecesarios, pudiendo entonces adaptar su decisión a una medida que sea igualmente eficaz en la protección del derecho solicitada pero menos lesiva con la esfera

[703] No bastará con que se rechace la existencia de algún presupuesto, sin entrar en los datos y elementos que permitan afirmar esa falta de concurrencias. Cfr. ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 212.

del cautelado[704]. Con ello se tratan de evitar situaciones en los que la solicitud de tutela cautelar tiene un fin no solo de garantizar los intereses del solicitante, sino de presionar y condicionar al demandado para que acceda a un acuerdo o transacción desfavorable, evitando que la tutela cautelar sea empleada con fines espurios.

Los ejemplos de esta facultad judicial son fácilmente imaginables. Así, en determinados supuestos, podrá bastar con una anotación preventiva de demanda cuando lo que se solicite sea una prohibición de disponer; igualmente, podrá ser suficiente una intervención judicial cuando lo solicitado sea una administración judicial; también podrían considerarse que puede ser más adecuado un embargo de títulos valores en lugar de un embargo de bienes inmuebles o de cuentas corrientes. Por tanto, la posición del juez no quedará constreñida a conceder o denegar la medida expresamente solicitada por la parte, sino que, con el límite máximo de la medida solicitada, podrá adaptar la tutela cautelar a aquella que, conforme al principio de proporcionalidad y razonabilidad, satisfaga los intereses del

[704] En este sentido, alguna doctrina ha señalado que en la tutela cautelar la exigencia de congruencia es menor que en la tutela declarativa, donde la misma es especialmente intensa entre la petición de la demanda y el pronunciamiento de la sentencia. Así, DAMIÁN MORENO, "Las medidas cautelares", vol. II, ob. cit., pág. 147; CALDERÓN CUADRADO, "La regulación de las medidas cautelares o la difícil búsqueda de un justo equilibrio…", ob. cit., pág. 316; BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional II*, ob. cit., pág. 700.

demandante sin crear perjuicios o inmisiones innecesarias para el cautelado, siempre que lo acordado mantenga su eficacia[705].

10. LA CAUCIÓN

En nuestra opinión, que asumimos que no es la mayoritaria, como señalábamos anteriormente, la caución no es, *sensu stricto*, presupuesto de la tutela cautelar, que quedan limitados al *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y la exigencia de *proporcionalidad*. El órgano judicial deberá comprobar la existencia de dicha terna para adoptar la tutela cautelar, y la caución se deberá entender como un elemento cuyo efectivo otorgamiento condicionará la efectividad de la tutela cautelar adoptada[706]. Como su propio nombre indica, los presupuestos deben preexistir a la petición de la

[705] Vid. PEDRAZ PENALVA, "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", ob. cit., pág. 43; VALLS GOMBAU "Unificación del procedimiento cautelar", ob. cit., pág. 311; ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., págs. 310 y 311; PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, ob. cit., págs. 184 y 185.

[706] Sin embargo, numerosas opiniones, a buen seguro más autorizadas que la nuestra, han aceptado la caución como un presupuesto más de la tutela cautelar. Así, vid. HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, ob. cit., pág. 232; ORTELLS RAMOS, "La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia…", ob. cit., pág. 627; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Civil*, t. II, ob. cit., pág. 546; CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas*…, ob. cit., pág. 179; o PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, ob. cit., pág. 110.

tutela cautelar, esto es, deberán estar presentes antes de la solicitud cautelar, mientras que la caución deberá ofrecerse previamente pero no deberá cumplirse hasta que la tutela cautelar se ponga en práctica, que deberá hacerse efectiva cuando sea el momento de la ejecución de la medida específica.

La caución consiste en la garantía que debe otorgar el solicitante de la tutela cautelar para cubrir y responder por los daños que pudiera ocasionar al cautelado la medida cautelar, cuando la misma se muestre infundada al final[707]. CALAMANDREI la denominó como «caución procesal»[708], consistente en la imposición por parte del juzgador de una garantía que asegurará, de forma preventiva, un eventual derecho al resarcimiento de daños si, finalmente, en el proceso definitivo la medida cautelar es revocada, en favor de aquella parte que ha soportado su ejecución. Por su parte, CHIOVENDA señala que la caución opera como una cautela de la cautela. Esto es, si la tutela cautela cumple la función de prevención de los daños que podrían surgir del transcurso del tiempo necesario para que se elabore

[707] Vid. RIFÁ SOLER, "Requisitos de las medidas cautelares. Modificación y alzamiento…", ob. cit., pág. 107.

[708] Cfr. CALAMANDREI, *Introducción al estudio*…ob. cit., pág. 63, esto es la entendía como una medida cautelar singular, puesto que asegura la posible indemnización por daños y perjuicios que resultasen finalmente injustificado que pudiere causar la adopción de la tutela en favor de su solicitante. Entre nosotros, GARBERÍ LLOBREGAT, "Medidas cuatelares y proceso cautelar", ob. cit., pág. 86.

la decisión en el proceso principal, de manera que la caución que debe prestar el actor cautelar sirve para asegurar el resarcimiento de los daños que podrían causarse al cautelado, estableciendo cierto equilibrio entre las partes[709].

Nos parece especialmente atinada la concepción de SERRA DÓMINGUEZ, según la cual, la caución, cuyo régimen concreto quedará delimitado por la resolución cautelar, se constituye en una carga procesal que deberá cumplir el solicitante para proceder a la ejecución de la medida, siendo una situación jurídica procesal a cuya efectiva prestación se condiciona la eficacia de la tutela cautelar[710].

10.1. Cuantía de la caución

La caución está destinada a asegurar al cautelado el resarcimiento que el perjuicio que esta causará en su esfera jurídica. De esta manera, si la sentencia del proceso principal no reconoce la pretensión del demandante, declarándose infundada la demanda, el demandado que sufra la cautela podrá solicitar la indemnización por aquellos daños que le haya irrogado dicha cautela. Existe, de alguna manera, cierta relación entre la caución y el

---

[709] Cfr. CHIOVENDA, *Instituciones*, t. I, ob. cit., pág. 251.

[710] Vid. SERRA DOMÍNGUEZ "Teoría general de las medidas cautelares", ob. cit., págs. 76 y 77.

requisito del *fumus boni iuris*, puesto que mientras mayor sea la convicción acera del derecho sustenta la cautelar, menor será la cuantía de la caución y, en caso contrario, la caución que determine el órgano judicial será mayor si no se acredita fehacientemente el aparente derecho con el que solicite la tutela cautelar[711].

Como hemos apuntado, la caución trata de conseguir una posición más equilibrada de las partes, establece unas condiciones para la reparación de los intereses del cautelado, partiendo del limitado alcance de la cognición sobre la solidez de la posición de las partes procesales, que, en no pocos casos, será modificada con el curso del proceso. En este sentido, la caución se mueve en una estrecha franja, pues de ser excesiva supondría negar a una parte el derecho al acceso al debido proceso cautelar, pero, desde otro punto de vista, no considerar la misma supondría desproteger al demandado y violar el principio de indemnidad de la tutela, pues en el caso de tener finalmente razón, el proceso habría supuesto para él un daño, al no poder resarcirse de la inmisión que la tutela cautelar causó en su esfera patrimonial.

---

[711] En este sentido interpreta PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares* civiles, ob. cit., pág. 121, el texto del art. 728.3 LEC. Igualmente, BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional* II, ob. cit., pág. 682. Crítico con esta interpretación, RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles*, ob. cit., pág. 350, quien entiende que sería más correcto para cumplir con la función que se pretende alcanzar con la caución, su determinación conforme al posible perjuicio en la esfera del cautelado.

En este sentido, según doctrina del Tribunal Constitucional, no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva la necesidad de prestación de una fianza elevada, aunque el solicitante de la medida cautelar carezca de recursos económicos para prestarla, sino únicamente cuando sea irracional o desproporcionada[712].

En este sentido, el artículo 728.3 LEC establece que la caución deberá ser prestada por el solicitante de la tutela cautelar, en cantidad suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, por los daños y perjuicios que la adopción de la medida pudiera causar en el patrimonio del demandado. El juez determinará libremente el monto de la caución, aunque, conforme al

[712] Como ha señalado la STC 45/2002, de 3 de abril, «no es competencia de este Tribunal sustituir a los órganos de la jurisdicción ordinaria en la fijación de la cuantía de las que deben prestar los litigantes para el ejercicio de las correspondientes acciones legales. Así pues, en la vía del amparo, su función se limita al control de la arbitrariedad e irrazonabilidad de las decisiones judiciales en la materia, con el fin de valorar, desde la perspectiva del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE, si la cuantía de la fianza impuesta por los Tribunales en el caso satisface el canon de razonabilidad o, por el contrario, resulta desproporcionada en relación con los medios económicos de quien deba prestarla, erigiéndose de este modo en un impedimento u obstáculo insalvable para el ejercicio de la acción lo que conduciría, en la práctica, a la indefensión» (FJ 2º, pár. V), precisando, más adelante, que se deberá considerar «la capacidad económica de éste, pues la exigencia de una caución que hiciera impracticable el ejercicio de su derecho de defensa, impidiéndole contestar a la demanda y oponerse a la pretensión del actor («demanda de contradicción»), podría constituir una privación del derecho a la tutela judicial efectiva que vulneraría el art. 24.1 CE al impedir el acceso al proceso sumario en el que le ha situado la contraparte» (FJ 3º, pár. III).

art. 728.3.II LEC, se le aconseja que tenga en cuenta varios factores[713]. En primer lugar, la naturaleza y contenido de la pretensión cautelar, de manera que, cuanto mayor sea la similitud entre la tutela cautelar y las medidas de ejecución de la sentencia condenatoria que se pretenda mayor será la caución que deberá presentarse[714]. En segundo lugar, como y mencionamos, la solidez que el órgano judicial aprecie en el *fumus boni iuris*, de manera que, a mayor probabilidad de que el derecho afirmado sea cierto, menor deberá ser la cuantía de la caución[715].

10.2. Forma de la caución

Por remisión del art. 728.3 LEC, tres son las formas previstas en el art. 529.3 LEC para la forma en la que puede prestarse la caución: a) dinero en efectivo; b) aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer

[713] Vid. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 187, señala tres criterios: daños y perjuicios previsibles sobre la esfera del cautelado,

[714] Cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, "Art. 728", *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, ob. cit., pág. 3296

[715] Así, RIFÁ SOLER, "Requisitos de las medidas cautelares. Modificación y alzamiento de las cautelas", ob. cit., págs. 108 y 109, teniendo en cuenta que el órgano judicial realiza nuevamente una valoración indiciaria, sobre principios de prueba, que no debería prejuzgar el fondo del asunto.

requerimiento de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca[716]; c) cualquier otro medio que, a juicio del órgano judicial, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad.

De esta manera, la LEC concede aquí un amplio margen de actuación al órgano judicial, pudiendo aceptar este como para el afianzamiento cualquier instrumento financiero dotado de liquidez inmediata y disponibilidad[717]. Por

[716] Como ha señalado el Tribunal Supremo dicho aval es un «contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el artículo 1255 del Código Civil [...] en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriedad [...] de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual, artículo 1258 del Código Civil, se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión de la carga de la prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal, siendo suficiente, como se dice, la reclamación de aquel beneficiario para que nazca la obligación de pago del avalista» [STS (Sala 1ª) 398/2014, de 17 de julio de 2014, FJ 2º].

[717] Vid. RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles*, ob. cit., pág. 376. Señala PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en los procesos de propiedad industrial*, ob. cit., págs. 161 y ss., que deberán ser rechazadas las garantías reales como la hipoteca, la prenda o la antícresis, pues las mismas, al exigir una actividad posterior, no reúnen la nota de inmediata disponibilidad.

tal inmediata disponibilidad deberá entenderse que esté a disposición del juzgado en el momento mismo que este lo requiera[718].

11. EJECUCIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR

11.1. Nociones generales.

Adoptada la medida cautelar por el órgano judicial, será necesario ponerla en práctica ejecutando el contenido de la misma en la esfera de la realidad, siendo este instante en el que se interfiere y afecta a la espera personal y patrimonial del cautelado[719]. Durante esta etapa de ejecución cautelar es cuando se produce la modificación de la realidad externa para la actuación de la tutela cautelar, pudiendo llegar, en último extremo a la utilización de la fuerza pública y del poder coercitivo del Estado. Por ello, dentro del procedimiento cautelar, podemos distinguir una primera fase de cognición y formación de la resolución cautelar y, sucesivamente, una cuyo contenido sea la ejecución de la resolución judicial cautelar a través de diligencias ulteriores[720].

---

[718] Cfr. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., pág. 191, precisa que el método elegido, en todo caso, deberá cumplir con dos requisitos, a saber, seguridad del valor del bien y fácil liquidación.

[719] Vid. CALAMANDREI, *Introducción al Estudio*…ob. cit., pág. 95.

[720] Para LIEBMAN, E. T., "Unità del procedimento cautelare", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 1, 1954, pág. 249, el procedimiento cautelar tenía un carácter unitario, no con dos fases,

Nos encontramos, por tanto, ante una verdadera ejecución forzosa cautelar, en el sentido de que hay una serie de trámites y actuaciones para hacer efectivo el mandato establecido en la resolución cautelar[721]. Sin embargo, es necesario precisar que tanto los medios procesales de los cuales ser sirve la ejecución cautelar son diferentes de aquellos de que se sirve la ejecución forzada de sentencias definitivas.

Como hemos señalado en apartados anteriores, en las medidas de naturaleza anticipatoria su efecto consiste en adelantar provisionalmente el contenido de la eventual decisión definitiva sobre la relación controvertida, esto es, mediante ella se anticipa la posibilidad de proceder a la ejecución ordinaria[722]. En estos supuestos, la ejecución cautelar se desarrollará de forma análoga a la que se hubiese desarrollado si se hubiera conseguido la decisión final sobre el fondo del asunto en el proceso principal. Si el proceso principal conduce a una decisión coincidente con la tutela cautelar otorgada, la ejecución cautelar devendrá en firme, y se transformará en ejecución definitivamente satisfactiva[723].

---

una declarativa y otra ejecutiva, sino que combinaba actividades propias de esas dos formas de tutela.

[721] En este sentido, ORTELLS RAMOS, "La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia…", ob. cit., pág. 672.

[722] Vid. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, ob. cit., págs. 75 y 77.

[723] Cfr. CALAMANDREI, *Introducción al estudio*…ob. cit., págs. 95 y 96.

Por otra parte, cuando nos encontramos ante la ejecución cautelar, los medios ejecutivos, en ocasiones, tendrán que ser diversos de los que se empleen en la ejecución ordinaria, en el sentido de que los actos para la ejecución cautelar no tienden a alcanzar la misma finalidad a que tiende la ejecución forzosa de carácter ordinario cuando el derecho ha sido afirmado por sentencia definitiva. Por tanto, cuando estemos, por ejemplo, ante un embargo cautelar no se llegará a etapas como el remate y la adjudicación, sino que se detendrá antes, en un estadio intermedio en el que no se produzcan modificaciones definitivas e irreversibles sobre el patrimonio del cautelado mientras transcurra la duración del proceso principal. En este sentido, puede decirse que la ejecución cautelar equivale a una parte de la ejecución ordinaria, de manera que, cuando deba llevarse a cabo esta, la ejecución cautelar que ya se realizó valdrá para esa ejecución definitiva[724].

Sin embargo, pese a esta pretendida diferenciación ente las medidas anticipatorias y las meramente aseguratorias de la ejecución forzosa, CALAMANDREI señala que la ejecución de todas las medidas cautelares constituye un anticipo de los posibles efectos de una eventual tutela principal, sin que este elemento sea predicable exclusivamente de las medidas anticipativas. Todas las medidas o efectos cautelares, al ser

---

[724] Como apunta ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 275, en todo caso, la ejecución de resoluciones cautelares deberá atender siempre a la posible reversibilidad de los actos ejecutivos, esto es, que no den lugar a situaciones que no puedan retrotraerse, pues en ese caso nos encontraríamos ante una ejecución sin título

ejecutadas, supone anticipar momentos de la futura decisión definitiva[725]. Es decir, el inicio de la ejecución cautelar no deja de ser el inicio anticipado de la ejecución definitiva del proceso principal.

El órgano judicial competente, al resolver la solicitud de tutela cautelar, además de determinar detalladamente el efecto jurídico cautelar decretado, igualmente, será necesario que, en muchos casos, contenga, además, los medios adecuados para la ejecución forzosa de la decisión cautelar, con el objetivo de que se materialicen sus efectos[726].

11.2. Regulación positiva de la ejecución de la tutela cautelar.

Ya señalamos anteriormente que la ejecución del auto de medidas cautelares se hará efectivo como cualquier otra resolución judicial ejecutable, como así señala el art. 738 LEC[727], al disponer que se podrá emplear para la realización forzosa cualesquiera medios que fuese necesarios, incluyendo aquellos previstos para la ejecución de sentencias.

---

[725] Vid. CALAMANDREI, *Introducción al estudio*…ob. cit., pág. 96.

[726] Cfr. PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en los procesos civiles*, ob. cit., pág. 259 y 260. También, VALLS GOMBAU, "La unificación del procedimiento cautelar", ob. cit., pág. 321.

[727] Vid. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, t. I, ob. cit., pág. 574, entiende que la regulación de la LEC es innecesaria y sobreabundante, y que hubiese bastado con una remisión a las normas generales de ejecución.

En este aspecto, la LEC es verdaderamente escueta y breve en la regulación de la actividad ejecutiva cautelar, pues además de esa declaración general que hemos mencionada anteriormente, únicamente recoge varias disposiciones aisladas para varias medidas concretas. En todo caso, debemos de tener en cuenta una distinción a la hora de determinar el régimen de actividad ejecutiva específica de cada medida. Por un lado, hay medidas cautelares para las que la ley establece los efectos jurídicos que producen y los medios con los que pueden producir esos efectos; por otra parte, respecto de otras medidas la LEC únicamente define los efectos jurídicos que deben producir, pero no señala los medios jurídicos para producir esos efectos; finalmente, de otras medidas la LEC no establece unos efectos específicos, sino que los debe fijar el órgano judicial conforme a criterios legalmente preestablecidos[728].

12. IMPUGNACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

Dentro de las garantías del debido proceso cautelar no podemos dejar de considerar que la resolución judicial que acuerde la tutela cautelar sea revisada por un órgano jurisdiccional diferente. Esto es, la posibilidad de que esa resolución, que admite o deniega la concesión de una determinada

[728] Cfr. ORTELLS RAMOS, *Las Medidas Cautelares*, ob. cit., págs. 329 y 330.

forma de tutela cautelar, sea impugnada a través de alguno de los recursos que ordinariamente prevén nuestras normas procesales.

En primer lugar, cuando la resolución judicial deniegue la tutela cautelar solicitada el actor podrá interponer recurso de apelación según lo dispuesto en el artículo 736.1 LEC[729]. A esta apelación se le dará un trámite preferente, puesto que, el daño que se pretende atajar con la cautela podría llegar a consumarse efectivamente durante la pendencia del recurso que, eventualmente le diese la razón al solicitante, haciendo, por tanto, inútil la decisión sobre el recurso[730].

Por su parte, la resolución judicial que acuerda una medida cautelar concreta puede ser impugnada por el cautelado, a través, nuevamente de un recurso de apelación[731]. Esta impugnación será concedida sin efecto suspensivo[732], con el fin de que la cautela concedida no se vea afectada en

---

[729] Cfr. PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso civil,* ob. cit., pág. 191, señala que el recurso no tendrá efectos suspensivos.

[730] Vid. BARONA VILAR., *Derecho Jurisdiccional II*, ob. cit., pág. 702.

[731] Cfr. ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pág. 235, recuerda que, del régimen de recursos ordinario de la LEC, quedan excluidas del recurso de reposición las resoluciones que el tribunal adopte durante el desarrollo de la vista. Igualmente excluye la posibilidad de recurso de casación, por cuanto se trata únicamente de normas procesales, no materiales, pero sí uno extraordinario por infracción procesal. Igualmente, BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional II*, ob. cit., pág. 702.

[732] Así, VALLS GOMBAU, "La unificación del procedimiento cautelar", ob. cit., pág. 314, En este sentido, el ordenamiento procesal italiano contempla la posibilidad de que, a instancia de

su vigencia por la tramitación del citado recurso, pues, de lo contrario, podría interponerse el mismo con fines torticeros, para burlar una decisión cautelar ajustada a Derecho.

Alzada la tutela cautelar por medio de este recurso contra el auto, corresponderá la indemnización por daños y perjuicios, ejecutando la caución constituida al efecto.

13. CAUCIÓN SUSTITUTORIA DE LA MEDIDA CAUTELAR

El sujeto pasivo de una medida cautelar, el cautelado, podrá suspender la efectividad de la tutela cautelar adoptada cuando deposite una caución suficiente, a criterio del órgano judicial, para asegurar el efectivo cumplimiento de una eventual sentencia estimatoria en el proceso principal[733]. Así lo contempla el artículo 740 LEC, al señalar que el órgano judicial deberá decidir, a petición de la parte interesada, sobre la procedencia de la caución sustitutoria, considerando en este enjuiciamiento tanto el sustento de la solicitud de tutela cautelar, como la naturaleza y contenido

la parte interesada, se suspenda la ejecución de la medida. En este sentido, vid. SATTA y PUNZI, *Diritto Procesuale Civile*, ob. cit., pág. 876.

[733] En este sentido, BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional II*, ob. cit., pág. 691.

de la pretensión de condena, así como las restricciones graves que la medida cautelar podría producir en la esfera del cancelado[734].

Se tratará así de paliar efectos de la tutela cautelar que pudieran resultar efectivamente desproporcionados. Sin embargo, debe de considerarse que no cabe la sustitución por esta caución en todos los supuestos, sino que habrá que tener en cuenta la naturaleza de los derechos y el contenido de la pretensión deducida por la parte actora, pues en determinados tipos la indemnización pecuniaria no siempre cubre todos los efectos de una denegación de derechos[735].

---

[734] Cfr. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, ob. cit., págs. 198 y 199.

[735] Por ello, como señala RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles*, ob. cit., pág. 556, cuando la pretensión sea una condena dineraria, la admisión de la contracautela será mucho más plausible que cuando nos refiramos a derechos de contenido no exclusivamente patrimonial. Como señala ORTELLS RAMOS, "La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de…", ob. cit., pág. 643, aceptar la contracautela en supuestos diversos de la pretensión de condena dineraria supone admitir que, para algunos derechos no se va a prestar una tutela cautelar específica, sino que se van a conformar con una tutela cautelar que asegure una futura indemnización por el incumplimiento.

14. EXTINCIÓN O MANTENIMIENTO DE LA TUTELA CAUTELAR TRAS LA SENTENCIA

Finalmente, en estrecha conexión con la característica de la provisionalidad y del principio *rebus sic stantibus*, debemos señalar aquellos supuestos en los cuales tiene lugar la extinción de una medida cautelar concretamente adoptada. Por ello, la extinción de la medida cautelar tendrá lugar en el momento de conclusión del proceso principal, existiendo varios escenarios posibles, con consecuencias diversas:

En primer lugar, existe la posibilidad de que la sentencia desestime la pretensión principal formulada. En este supuesto, es evidente que la medida cautelar debe terminar, al desaparecer o alterarse de manera absoluta uno de los presupuestos que justifican la concesión de la tutela cautelar, como es el *fumus boni iuris*. Este supuesto aparece reflejado tanto en el art. 744.1 LEC para los casos de sentencias que aún no han alcanzado la firmeza, como en el art. 745 LEC, que refleja el caso de la sentencia firme. Repetimos, no es más que una manifestación del carácter instrumental de la tutela cautelar, como aseguramiento del proceso principal: terminado este lo cautelar deja de tener razón de ser[736].

[736] La cuestión también ha tenido reflejo en alguna jurisprudencia *menor,* como como en el Auto AP Islas Baleares, Sección 3ª, de 4 noviembre 2002 (rec. num. 434/2002).

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla o pacífica como pudiera parecer, pues la regulación dela materia no es totalmente coherente y existen algunos preceptos de difícil encaje entre unos y otros. En este sentido, los diferentes reglamentos registrales contemplan la cancelación de las anotaciones preventivas únicamente para aquellos casos en los que la sentencia haya adquirido firmeza (v. gr., arts. 174.3, 206.1 o 207.1 del Reglamento Hipotecario)[737]. Sin embargo, algunos autores han entendido que esta supuesta antinomia se resuelve por el principio de jerarquía normativa, de manera que lo contenido en un reglamento no puede ir *contra legem*[738].

Pero, además, las disposiciones registrales no son las únicas que entran en contradicción con la LEC, sino que el propio código procesal parece, por momentos, incoherente. Sin levantar mano, el art. 744.2 dispone que el solicitante cautelar, si recurre la sentencia desestimatoria, pueda solicitar al órgano judicial el mantenimiento de las medidas, la modificación de alguna de ellas o adopción de alguna distinta. El órgano judicial, oída la contraparte, decidirá mediante auto sobre la cuestión, por lo que cabe plantearse si no sería una opción más acorde con principios como la economía procesal, aguardar a este auto para decidir sobre el alzamiento o

---

[737] En detalle, sobre el régimen de las anotaciones preventivas, aunque previo a la LEC, vid. MARTÍN PASTOR, J., *La anotación preventiva*… ob. cit., págs. 788 y ss.

[738] En este sentido, ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*… ob. cit., pág. 439. También, en este sentido ORTIZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos*…. ob. cit., págs.. 328 y 329

mantenimiento de las medidas cautelares[739]. En este supuesto, para el caso de acordar el mantenimiento de la medida –o la adopción de nuevas o modificación de las ya existentes— deberá aumentarse la caución, puesto que la intensidad del *fumus boni iuris* habrá cambiado sustancialmente[740].

El supuesto recogido en el art. 745 LEC, el caso de que la sentencia absolutoria sea firme presenta menos problemas que el anterior. En este caso, en la propia sentencia absolutoria debería revocar las medidas cautelares persistentes, pero nada impide que sean levantadas por auto posterior[741]. No obstante, en este supuesto, no entendemos qué puede motivar un mayor retardo en el alzamiento de unas medidas que perjudican la situación jurídica de aquel que, ya mediante sentencia firme, ha obtenido la razón de los Tribunales de Justicia.

La segunda posibilidad es que la sentencia estime y declare fundada la pretensión principal, entonces la medida cautelar termina puesto que deja de ser cautelar y se convierte en ejecutiva, ya que se ha constituido un nuevo

---

[739] Compartimos, en este punto, el parecer de MORENO HELLÍN, J. "Modificación y alzamiento de las medidas cautelares, caución sustitutoria y daños y perjuicios", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XVIII, 2004, págs. 75.

[740] Cfr. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares,* ob. cit. pág. 438; ARMENGOT VILAPLANA, "La modificación y el alzamiento de medidas cautelares", ob. cit., pág. 13.

[741] Vid. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares,* ob. cit., págs. 445 y 446. Entendemos que propone un auto posterior de alzamiento de medidas para, mediante el mismo, pronunciarse sobre la cuestión de la exacción de la responsabilidad por daños al cautelado.

estado de derecho[742]. Así lo establece el artículo 731.2 LEC, cuando el juzgado despache la ejecución provisional de una sentencia.

Sin embargo, si bien durante el plazo de veinte días que señala el art. 548 LEC para despachar la ejecución continuará vigente la medida cautelar, no se mantendrá la misma transformada en medida ejecutiva, si transcurrido dicho plazo no se solicita el despacho de ejecución[743].

---

[742] Como señala PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, ob. cit., pág. 243, la conversión automática de medidas cautelares en ejecutivas quedará limitada a aquellos supuestos en que exista homogeneidad entre ambas. En el resto de casos será necesario acordar otras medidas diversas y complementarias.

[743] GASCÓN INCHAUSTI, F., *Medidas cautelares en el proceso civil extranjero*, Granada, Comares, 1998, pág. 486.

CONCLUSIONES

PREVIA. - *De prolepsis y fundamento metodológico. La concepción del due process aplicada a la tutela precautoria: el debido proceso cautelar.* – En el estudio de las instituciones procesales se postula partir y tomar como pauta metodológica preferente la idea o la garantía del debido proceso (*due process of law*, tanto en sus vertientes sustantiva – razonabilidad– como adjetiva, *giusto processo* del art. 111 Constitución Italiana, proceso equitativo o *fair trial* del artículo 6 CEDH o proceso público con todas las garantías, art. 24.2 CE). Debemos entender el proceso, desde una perspectiva del neogarantismo razonable, como una constelación de garantías constitucionales de carácter básico mediante las cuales se determina la ley, de modo definitivo e irrevocable, resolviendo el conflicto concreto, dando una solución objetiva, racional y razonable al mismo. Este proceso no se podrá desarrollar de cualquier forma, sino que deberá sustanciarse conforme a una serie de normas que respeten y aseguren los derechos fundamentales de todos aquellos que se vean afectados por el mismo, de manera que el proceso sea desarrollado de un modo que se configure como una garantía de la justicia de la solución material ofrecida al conflicto que entraña. Esta idea no debe entreverar únicamente la tutela declarativa, donde con carácter firme se decide y determina sobre la existencia y la protección de los derechos de las partes y del derecho objetivo, sino que debe proyectarse sobre todas las formas de tutela jurisdiccional, incluida, por tanto, la cautelar.

En cualquier caso, las conclusiones aquí modestamente se sientan y las investigaciones que se apuntan en el curso de este trabajo no tienen carácter apodíctico, sino contingente, flexible, dúctil y provisional, por lo que, obviamente, están sujetas a debate científico por los pares y a cualquier criterio superior y más fundado en Derecho, siendo susceptibles, por ende, no solo de la correspondiente crítica, sino de ulteriores aportaciones, empeños y desarrollos investigadores, dogmáticos y normativos, ya en su base, ya paralelamente o en oposición a los mismos. Nuestro humilde esfuerzo solo ha pretendido establecer líneas de debate, apreciación y acercamiento a problemas de las nuevas formas de justiciabilidad y protección de los derechos de los justiciables mediante el proceso, y las distintas expresiones de la tutela jurídica, así como corrientes, preocupaciones, necesidades y realidades económicas, políticas, culturales y sociales.

PRIMERA. - *Precisiones terminológicas en el empleo de los tecnicismos.* Dentro de la decisiva importancia que deben tender las cuestiones terminológicas en el estudio científico del Derecho, la denominación más adecuada de la institución procesal cautelar debe ser la de *tutela cautelar*. Entendemos que deben superarse otras nomenclaturas empleadas anteriormente como *acción cautelar*, *medidas cautelares* o *proceso cautelar*, pues todas ellas suponen poner el foco de atención sobre algún aspecto concreto de esta compleja y fluida realidad normativa. Por el contrario, el postulado sintagma *tutela cautelar* resulta una denominación más adecuada y que comprende todas las aristas

del fenómeno y que lo entronca, a su vez, con su naturaleza y origen constitucionales. Igualmente, proponemos el término *cautelado* para designar al sujeto pasivo de la tutela cautelar, neologismo correctamente construido conforme a las normas de la lengua española.

SEGUNDA. - *Autonomía conceptual de la tutela cautelar.* Desde un punto de vista conceptual nos parece indiscutible la autonomía de la tutela cautelar como una de las tres formas principales de manifestación de la tutela jurisdiccional de los derechos, junto con las más antiguamente reconocidas tutela declarativa y tutela ejecutiva. A lo largo del siglo XX, siguiendo los primeros pasos de WACH, el decisivo impulso de CHIOVENDA y la inicial sistematización de CALAMANDREI, la doctrina científica ha ido elaborando un cuerpo coherente y autónomo de conceptos que explican las diferentes aristas de este fenómeno, dotando al mismo de autonomía respecto a las otras formas de tutela. Es posible observar en la tutela cautelar una función propia de alcance constitucional –la garantía de la efectividad de la tutela jurisdiccional, tal como determinó en su día nuestro Tribunal Constitucional– y una estructura propia –cognición sumaria, presupuestos de adopción, vinculación instrumental al proceso.

TERCERA. – *Falta de autonomía funcional*. La anterior autonomía conceptual no supone, sin embargo, un necesario e inmediato reconocimiento de autonomía funcional a la tutela cautelar respecto de las otras formas de tutela jurisdiccional. Su función de garantía hará que

aparezca vinculada, en una relación de instrumentalidad, respecto de un proceso principal.

No obstante, en algunas legislaciones, esa relación de instrumentalidad, como proponemos, que es necesario que ocurra en la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha sido atenuada, lo que permitirá servir a la tutela cautelar como forma de tutela célere y sencilla de los derechos de los justiciables, sin que tenga que representar una merma en las garantías procesales que acompañan a las partes, y en ello queda iluminada e impulsada por la concepción del debido proceso cautelar como constelación de garantías procesales aplicables a y predicables de esta forma específica y autónoma de tutela.

CUARTA. - *Caracteres de la tutela cautelar.* Entendemos que hay una serie de notas esenciales o caracteres que nos permiten diferenciar esta forma de tutela de otras, como la tutela declarativa o la tutela ejecutiva. Algunas de ellas no son exclusivas de la tutela cautelar, ciertamente, pero la intensidad y el protagonismo que asume respecto de la misma hace que consideremos estas como diferenciadoras del fenómeno procesal cautelar.

En primer lugar, y sobre todas las anteriores, la instrumentalidad, esto es, la vinculación de la tutela cautelar respecto de otra de las formas llamadas principales de tutela, a la que servirá como apoyo para que no se frustre el objetivo de proporcionar una tutela judicial efectiva. Esta nota de la instrumentalidad, de la cautela como instrumento del instrumento que es el

proceso mismo, está presente, sin dudas en nuestra legislación, en normas, por ejemplo, sobre la competencia para conocer de las medidas cautelares o sobre la caducidad de la resolución cautelar.

De igual importancia definidora nos parecen las ideas de provisionalidad o variabilidad, lo que significa, por un lado, que el estado creado por la decisión cautelar no tiene vocación de permanencia, sino que su duración va a estar condicionada por otros acontecimientos procesales; por otro, que la tutela cautelar es, por naturaleza, mutable y lábil en función de los cambios que se operen en la realidad que afecta a los sujetos del proceso.

Finalmente, propugnamos la necesidad de disminuir la importancia, o directamente abandonar, la idea de homogeneidad, pero no identidad, con las medidas ejecutivas. Sobre esta nota se han sostenido las concepciones más restrictivas de la tutela cautelar, impidiendo, en su momento, que dentro de las mismas se incluyesen efectos cautelares que adelantasen algunos de los contenidos en una eventual sentencia estimatoria.

QUINTA. -. *La instrumentalidad atenuada de la tutela cautelar.* La aparente crisis del procedimiento declarativo y de las formas ordinarias de tutela jurisdiccional ha supuesto cierta huida del mismo, centrando la doctrina procesalista su atención en otras instituciones que sirviesen para dar una pronta respuesta a las necesidades de Justicia de los ciudadanos. En este sentido se ha propuesto, por parte de diversas corrientes, un mayor protagonismo de la tutela cautelar. Ese mayor protagonismo de las formas

de tutela cautelar supondrá que las mismas gocen de una mayor independencia y una mayor autonomía respecto de un proceso declarativo o ejecutivo principal, al que, conforme a una concepción tradicional, aparecen anclados irremediablemente. En este sentido, por parte de algunos destacados exponentes de la doctrina italiana, se ha propuesto la idea de instrumentalidad atenuada, partiendo de la característica general de la instrumentalidad la tutela cautelar, se ha sostenido la posibilidad de que se viese relajada, atenuada o difuminada esa relación de instrumentalidad respecto de los procesos principales. De esta forma, en el Derecho italiano se ha planteado la posibilidad de que, en aquellas cautelas solicitadas *ante causam*, no sea imprescindible el sostenimiento a un posterior proceso declarativo que, en muchos casos, no tendrá un contenido o un interés cierto y real, pues las necesidades de tutela ya han sido cumplidas con la obtenida con carácter cautelar, estando el conflicto sociológico subyacente ya resulto, por lo que la condición clásica de la acción, en sentido material, del interés para accionar se habría desvanecido.

En este sentido, en nuestro país el acogimiento de este tipo de posiciones ha sido más tímido, pero estimamos la conveniencia de que esta orientación fuese la generalizada, tanto entre la doctrina como en la legislación. Así, proponemos la necesidad de que nuestras normas procesales acojan esta relación de instrumentalidad atenuada, como veremos, especialmente en aquellas medidas *ante causam* que puedan haber satisfecho en parte las necesidades de tutela de los interesados, con la consecuente resolución del

conflicto social. Opción esta que, entendemos, como la más adecuada para cumplir con una mayor efectividad las garantías que han de acompañar a los justiciables.

SEXTA. - *Presupuestos de la tutela cautelar.* Tradicionalmente se ha venido sosteniendo la existencia de dos presupuestos cuya concurrencia será necesaria para que un órgano jurisdiccional decrete la tutela cautelar: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. También una buena parte de la doctrina ha señalado la prestación de caución o contracautela como un requisito más de la tutela cautelar, aunque entendemos que no estamos ante un presupuesto *stricto sensu*, y desde luego, no del mismo nivel espistemológico que los dos anteriores, sino ante una condición para la válida ejecución de la medida cautelar, pues no es algo que preexista antes del inicio del proceso cautelar, sino un elemento que ser verifica con posterioridad a su concesión.

Sin embargo, sí que consideramos necesario establecer el principio de proporcionalidad como un presupuesto a la adopción de medidas cautelares, que tanto las partes como el órgano judicial deberán observar antes de la adopción de las medidas.

SÉPTIMA - *Fumus boni iuris y riesgo de prejuzgamiento*. La concepción tradicional el presupuesto del *fumus boni iuris* ha venido entendiendo el mismo como un cálculo de probabilidades del éxito o de la posibilidad del solicitante de la tutela cautelar de obtener una sentencia que acoja su

pretensión. Pero esta primera aproximación del órgano judicial al fondo del asunto supone un riesgo cierto de que el juzgador quede condicionado o decisivamente influenciado para la decisión final, rompiendo por tanto con la garantía constitucional a un juez imparcial.

Por eso, entendemos que el juez deberá llevar a cabo un enjuiciamiento de primeras impresiones o *prima facie*, de manera que evalúe sí, con los elementos que hasta ese momento ha aportado el solicitante de la tutela cautelar, podría conceder al demandante lo solicitado. Esto es, si en una primera apreciación, a salvo de otros elementos que puedan desvirtuar la petición, puede dar la razón al sujeto activo. Esta posición supondrá, por tanto, una menor inmersión del órgano judicial en el contenido del fondo y, por ello, una menor prevención del mismo, de manera que no se condicione sobre el pleito al tener en cuenta que, posiblemente, el demandado puede presentar argumentos para su mejor defensa durante el proceso.

OCTAVA. - *Periculum in mora*. Debemos afirmar, siguiendo a CALAMANDREI, que no estará únicamente presente el riesgo de que la duración del proceso suponga la posibilidad de que la parte demandada realice actuaciones que impidan ejecutar una eventual sentencia condenatoria. Además, debemos contemplar la posibilidad de que una resolución tardía no satisfaga los legítimos derechos e intereses de la parte que la ha obtenido, de manera que la efectividad de la tutela judicial quede en entredicho.

El reconocimiento de esta segunda forma de peligro es esencial para sostener la necesidad de tutelas de contenido anticipatorio, así como de nuevas formas de protección urgente que den satisfacción a estos supuestos. Todo ello deberá quedar enmarcado por un principio fundamental en la concepción del neogarantismo razonable, del de indemnidad de la tutela, ya consagrado por la jurisprudencia europea en la estela que abrió en su día CHIOVENDA y continuada por lo mejor de la doctrina italiana y, en España, apuntó GÓMEZ ORBANEJA y concretó nominativamente LOZANO-HIGUERO.

NOVENA. - *El principio de proporcionalidad como presupuesto en la adopción de la tutela cautelar.* Proponemos, una vez analizada la cuestión, la consolidación del principio de proporcionalidad como un presupuesto necesario de la tutela cautelar civil no ceñido a lo penal, de manera que todos los operadores jurídicos tengan en cuenta la concurrencia del mismo, junto con los clásicos de *fumus boni iuris* y *periculum in mora* antes de adoptar una determinada forma de tutela cautelar.

Siguiendo las líneas establecidas o iniciadas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entendemos que dicho principio puede descomponerse a su vez en tres elementos: adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Este principio, aunque se encuentra disperso entre las diferentes normas generales sobre la tutela cautelar, no se ha afirmado incontestablemente

como un elemento esencial cuya concurrencia sea examinada con detenimiento por el órgano judicial. Elevar este elemento a requisito de la tutela cautelar serviría como instrumento para no desequilibrar la necesaria igualdad de partes y armas que debe regir el proceso y garantizar el derecho de la parte pasiva a un proceso justo.

DÉCIMA. - *Posibilidad de tutela cautelar de contenido anticipatorio. Superación de las teorías restrictivas en la materia***.** La concepción más conservadora y estricta de la tutela cautelar debe ser, definitivamente, superada. Si la finalidad de la tutela cautelar se limitase al mero aseguramiento de la ejecución, la protección del derecho a una tutela judicial efectiva quedará en entredicho, puesto que únicamente se podrá optar por fórmulas de tutela conservativa.

El desarrollo pleno del debido proceso, como garantía de una eficaz protección jurisdiccional de los derechos, significa no renunciar a cualquier posible efecto o medida cautelar concreta porque su contenido sea similar al efecto que pudiese obtenerse mediante la sentencia. Por ello, desde el entendimiento de que la función de la tutela cautelar es, esencialmente, asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional de los derechos, es imprescindible aceptar formas de tutela cautelar cuyo contenido anticipe, total o parcialmente, el posible resultado de la tutela definitiva.

Negamos la posición que afirma que, en este tipo de medidas, se está produciendo una *ejecución sin título*, o se esté condenando al sujeto pasivo sin

proceso previo. Dicha posición ignora algunas de las notas o características fundamentales de la tutela cautelar, como son su provisionalidad, instrumentalidad o variabilidad, además del dato de la necesaria audiencia a la parte afectada. Tampoco tiene en cuenta otras de las garantías del debido proceso cautelar que afirmamos, como podría ser el estricto control por parte del órgano judicial de la proporcionalidad de la medida concretamente aceptada, de manera que este tipo de consecuencias cautelares únicamente se adoptarían cuando fueran imprescindibles para la tutela de los derechos del solicitante.

UNDÉCIMA. - *Influencia de ordenamientos procesales de avanzada***.** Debemos tener en cuenta lo aportado por doctrinas y legislaciones procesales de avanzada, en especial por las más vanguardistas contribuciones de la doctrina iberoamericana e italiana. En punto a las nuevas formas o dimensiones de tutela, en particular las manifestaciones de tutelas urgentes, aceleradas o satisfactivas, transcurridos ya diecisiete años desde nuestra nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, pese a la configuración abierta y flexible de la materia, se observa un déficit de justiciabilidad y de aliento innovador, por lo que quizás sería conveniente una Novela legislativa que recogiese algunas de estas fórmulas, a semejanza de ordenamientos culturalmente próximos ya señalados.

En este sentido, nos parecen apreciables las aportaciones, especialmente doctrinales y jurisprudenciales argentinas, como las medidas

autosatisfactivas, mediante las que se trata de dar pronta respuesta a una petición urgente y con importantes indicios de prosperabilidad. Sin embargo, estas deberán ser atemperadas dando entrada y audiencia a la parte pasiva, con el fin de no ignorar sus derechos y garantías procesales. Por su parte, consideramos muy conveniente la posibilidad recogida por la legislación italiana de que no sea imprescindible para el mantenimiento de una resolución cautelar la necesaria interposición de una posterior demanda que inicie un proceso principal. Finalmente, también entendemos conveniente adoptar el sistema de estabilización de la tutela urgente anticipatoria reconocido en el nuevo Código Procesal brasileño de 2015.

Todas las innovaciones anteriores que proponemos trasladar a nuestro ordenamiento suponen avances en la eficacia y autonomía de la tutela cautelar, de manera que se progrese hacia una mayor potenciación de la tutela judicial efectiva y las garantías procesales.

DUODÉCIMA. - *Incorporación de formas de tutela anticipatoria en el ordenamiento procesal español.* Nos parece innegable que nuestra legislación procesal, aunque de forma tímida, ha ido incorporando a su haber algunas de las formas propuestas de tutela cautelar de efectos anticipatorios. En un primer momento, tras la reforma del vetusto art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la ampliación de la posibilidad de adoptar medidas cautelares indeterminadas sirvió a parte de la doctrina, siguiendo los mejores principios, a defender la posibilidad de decretar formas de tutela

de contenido anticipatorio, ampliando así las posibles formas de protección de los derechos de los justiciables.

Posteriormente, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, siguiendo autorizadas críticas, corrigió su posición inicial, acogiendo una concepción amplia de la tutela cautelar, aunque con algunas disposiciones ambiguas y oscuras sobre la posible anticipación de la tutela. Sin embargo, dentro del catálogo de medidas cautelares encontramos manifestaciones claras de esta tutela anticipatoria. Afirmamos, sin dudas, el carácter netamente anticipatorio de las medidas recogidas en los números 7 y 10 del art. 727 LEC, pues el contenido de estos efectos será coincidente, total o parcialmente, con el de una eventual sentencia favorable. Igualmente, a través de la cláusula abierta del art. 727.11º LEC pueden darse cabida a otras manifestaciones de tutela anticipatoria que no pudieron ser, ni siquiera, imaginadas por el legislador de 2000.

DECIMOTERCERA. - *La denominada medida de orden de prohibición.* Esta es, sin duda, la forma de tutela anticipatoria más relevante, maleable y flexible de las recogidas expresamente en nuestro ordenamiento. Aunque ha sido incorrectamente denominada o conceptuada como la posibilidad de que el órgano judicial emita una orden de prohibición o abstención de una determinada conducta, debe afirmarse que su contenido en más extenso que la mera prohibición: podrá consistir en una orden para cesar en realizar una determinada actividad, para prohibir realizar una determinada conducta o

para que no cese una prestación concreta que, hasta ese momento se venía realizando.

Por tanto, la misma será una forma adecuada de anticipación de la tutela, especialmente efectiva para la protección de derechos e intereses de contenido no patrimonial o que no puedan compensarse o resarcirse con una indemnización por daños y perjuicios, sino que para su satisfacción requieran un disfrute íntegro por su titular. Sin embargo, debemos abandonar la vetusta concepción que asociaba las diferentes medidas cautelares, según sus concretos efectos, al aseguramiento de derechos y obligaciones de un contenido concreto. Por tanto, esta forma de tutela también podrá extenderse para la protección de obligaciones diferentes a las de hacer y no hacer.

DECIMOCUARTA. - *Medidas coercitivas para la ejecución de órdenes judiciales de naturaleza cautelar.* La adopción de la forma de tutela cautelar descrita en la conclusión anterior sería absolutamente inútil, vacua e ilusoria sin la posibilidad de adoptar medidas ejecutivas de coerción para asegurar su cumplimiento. En este sentido, la actual Ley de Enjuiciamiento Civil perdió una excelente ocasión de elaborar un régimen claro y completo de ejecución de la tutela cautelar, sin contentarse con una remisión genérica y vaga a los instrumentos para la ejecución de sentencias de condena. Por ello, afirmamos la necesidad de una revisión del art. 738 LEC, en el sentido de que explicite aquellos medios adecuados para la ejecución de providencias

cautelares, pues la falta de los mismos impediría la efectividad de estas formas de tutela, quedando, por tanto, incompleto, y eventualmente estéril, el debido proceso cautelar.

No obstante lo anterior, entendemos que la actual regulación permite que el órgano jurisdiccional ejecute inmediatamente, de oficio, la resolución cautelar que ha adoptado, empleando, preferentemente los medios previstos en los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que recogen las medidas de ejecución de sentencias condenatorias de obligaciones de dar cosa distinta al dinero, hacer o no hacer. Por ello, con el actual régimen será posible incluso la imposición de apremios o multas coercitivas personales sobre el obligado a realizar este tipo de conductas. Pensamos que, en tal carácter, el órgano jurisdiccional no puede quedar limitado en sus posibilidades por la naturaleza del título en el que se basa su ejecución, pues de denegarle la posibilidad de emplear este tipo de medios para asegurar la ejecución de tutelas cautelares de esta índole anticipatoria, estaríamos convirtiendo las mismas en declaraciones de intenciones absolutamente ineficientes. De no admitirse esta posibilidad, idea errónea en nuestro entender, abocaríamos al solicitante de la tutela cautelar a percibir simples indemnizaciones pecuniarias, que no cubrirían las necesidades de Justicia.

Finalmente, y en todo caso, el empleo de este tipo de medidas deberá realizarse con la necesaria mesura y razonabilidad, siempre atendiendo al

omnipresente principio de proporcionalidad y a los derechos y garantías procesales del ejecutado, enmarcadas en el debido proceso cautelar.

DECIMOQUINTA. - *Anticipación de la tutela a través de la suspensión cautelar de acuerdos sociales.* La otra medida que expresamente recoge nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil con carácter netamente anticipatorio es la de suspensión cautelar de acuerdos de sociales. Esta forma de tutela, presente en nuestro ordenamiento ya desde la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, presenta, sin embargo, importantes limitaciones en cuanto al acceso a la misma por parte de todos los justiciables. Efectivamente, atendiendo a las disposiciones recogidas tanto en la propia Ley Enjuiciamiento Civil, como en la legislación sectorial societaria, la legitimación en este tipo de medidas queda limitada a aquellos socios que reúnan una determinada fracción del capital social de la persona jurídica. Esta clase de restricción se ha venido justificando en evitar el uso de una forma de tutela de gran potencia y efectividad con fines espurios o de sabotaje del funcionamiento de una sociedad de capital. Pero, por otra parte, esta limitación deja fuera de protección a un importantísimo número de accionistas, especialmente en aquellas grandes sociedades de capital cotizadas en mercados secundarios, con un capital social considerable y un accionariado atomizado, en las que alcanzar la participación mínima del 1 por 100 sólo está al alcance de muy pocos inversores. Los accionistas más modestos verán limitadas sus posibilidades de tutela cautelar a otras formas menos efectivas, como la anotación preventiva de la demanda.

Para evitar esta situación de desprotección consideramos necesaria, por una parte, una interpretación *pro actione*, esto es, lo menos restrictiva posible del requisito de legitimación recogido. Por otro lado, cuando el acuerdo pudiese afectar a una pluralidad determinable de accionistas, incorporar técnicas de protección de los intereses colectivos y supraindividuales.

DECIMOSEXTA. - *Tutela cautelar y nuevas realidades sociales y económicas: sociedad digital, cibersociedad y formas de economía colaborativa*. La técnica cautelar se ha mostrado como un instrumento eficaz y adecuado frente a las nuevas realidades y problemas suscitados por la sociedad digital, la cibersociedad y las manifestaciones de la llamada economía colaborativa, superando los resultados esperables de las formas clásicas de tutela. Incluso, en los supuestos de utilización de mecanismos procesales acelerados (*v. gr.* en los llamados casos *uber* y *rojadirecta*), han mostrado la potencialidad y virtualidad de la tutela cautelar recta y diligentemente utilizada. En ese aspecto, los juzgados mercantiles, especializados en la materia, a nuestro ver, han sabido solventar con celeridad y rigurosidad, conflictos de indudable repercusión social en los que estaban implicadas realidades económicas de ámbito trasnacional. Todo ello nos enseña pautas para extraer la máxima utilidad de la técnica cautelar y elaborar una normativa que acoja y potencie estas expresiones tutelares, facilitando su empleo y visibilidad.

DECIMOSÉPTIMA. - *La importancia del procedimiento cautelar como vehículo para la garantía de los derechos.* La concepción de un sistema complejo de tutela cautelar quedaría incompleta sin la previsión de un procedimiento que permitiese un desenvolvimiento rápido y efectivo de la tutela cautelar. Dicho procedimiento deberá estar inspirado por las notas de sumariedad y celeridad, sin que ello suponga una postergación o eliminación de las necesarias garantías, que protegen la posición y derechos de las partes, además de permitir que la decisión judicial sea lo más acertada posible, atendiendo a las condiciones en las que se desarrolla.

Igualmente, la necesaria proyección del debido proceso nos hace afirmar que deberá tener plena vigencia tanto el principio dispositivo, para la iniciación, desarrollo y termino de la tutela cautelar, como del principio de aportación de parte o, más propiamente, principio de controversia, por lo que serán las partes las responsables de introducir los hechos y las pruebas en las que fundamenten su petición. Rechazamos, por tanto, las posiciones que apuestan por una función más intervencionista del órgano judicial, en las que se reclama la posibilidad de que sea este el que proponga medidas a las partes o, incluso, las adopte de oficio. Dicha posibilidad de adopción de oficio deberá quedar restringida únicamente a aquellos supuestos en los que se diluciden cuestiones o materias con un notorio interés público, no únicamente privado, como ocurre en los procesos no dispositivos de Derecho cogente, como los que versan sobre el estado de las personas, en los que debe ser mantenido el principio de iniciativa de parte.

Igualmente, afirmamos que la regulación de la competencia de este tipo de procedimientos deberá ser suficientemente flexible para que las partes puedan someter la cuestión a aquel tribunal que mejor y más rápida respuesta pueda dar a sus peticiones, siempre con el límite infranqueable de las normas imperativas en la materia y del respeto a la garantía del juez natural.

DÉCIMOCTAVA. - *Audiencia de partes y contradicción: su carácter necesario en el marco del debido proceso cautelar*. No hay proceso sin contradicción, no puede haber tutela jurisdiccional sin oír a las partes en conflicto, puesto que, sin el respeto a las garantías del debido proceso, el mismo pierde su norte como sistema de garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por eso, afirmamos que la audiencia previa de la parte que vaya a verse afectada por la tutela cautelar debe ser la regla general del procedimiento. Sostenemos que cualquier otra posibilidad, aceptando que pueda afectarse de forma decisiva la esfera jurídica del cautelado sin que previamente sea oído, debe ser interpretada restrictivamente y como contraria a las garantías mínimas que exige el debido proceso.

La anterior afirmación no es incompatible, a nuestro parecer, con la posibilidad de un régimen excepcional en el que puedan postergarse, pero nunca eliminarse, esta audiencia a la parte afectada por la tutela cautelar. Las razones de urgencia y necesidad que fundamentan estas excepciones se apoyan, por su parte en el derecho a la efectividad de la tutela judicial del

demandado, por lo que, con estas previsiones se trata de conjugar las posiciones, intereses y derechos fundamentales de las partes en conflicto. Estimamos, por tanto, como absolutamente necesario, que el órgano judicial motive y razone adecuada y separadamente la necesidad de la posposición de la audiencia, en la que deberá permitirse a la parte pasiva un amplio espacio para la defensa de sus derechos e intereses, respetando así el dogma y garantía del *audiatur et altera pars.*

DECIMONOVENA. - *Medidas* ante causam*: su instrumentalidad*. En la línea señalada anteriormente, nos parece indudable que el sistema procesal español ha consolidado el carácter marcadamente instrumental de la tutela cautelar, lo cual es especialmente notorio en las medidas concedidas con anterioridad al inicio del proceso principal. La exigencia de interponer demanda, una vez concedida la tutela cautelar, por parte del sujeto activo, aunque realmente carezca de interés en continuar con un largo y costoso proceso declarativo, es la máxima expresión del carácter instrumental y de falta de autonomía epistemológica y funcional de la tutela cautelar. Supeditar la vigencia de la tutela cautelar a una posterior tutela declarativa o ejecutiva supone vedar la posibilidad de una solución al conflicto planteado a través de esa misma tutela cautelar.

En este punto, consideramos necesario, por tanto, proponer las precisas modificaciones legislativas que doten de mayor autonomía y entidad propia a la tutela cautelar civil, relajando, al menos parcialmente, el vínculo entre

aquella y un proceso principal. En tal orden, proponemos decididamente la introducción en nuestra legislación de mecanismos similares a los contemplados en otros ordenamientos de avanzada, como ocurre, por ejemplo, en Italia, Argentina o Brasil. Por ello, postulamos un sistema más flexible, en el que la iniciación del proceso principal no sea imprescindible para que las medidas cautelares mantengan su vigencia. De esta manera, la posibilidad de continuar con el proceso no será una carga que deban de soportar las partes si, realmente, carecen de interés o entienden que el mismo no va a ser beneficioso para sus intereses. De un lado, si la parte activa está satisfecha con el estado de las cosas creado por la tutela cautelar, podrá conformarse con esta, sin tener que iniciar un proceso vacío; de otro, la parte pasiva o cautelada, si entiende que el futuro resultado del pleito no va a mejorar su situación actual, se evitará un mayor desgaste en sus medios económicos. En todo caso, la tutela jurisdiccional quedaría abierta para ambas partes, de manera que tanto el actor pueda consolidad su posición con una sentencia, con efecto de cosa juzgada, como que el cautelado pueda hacer valer sus derechos con todos los argumentos alegatorios, instructorios y probatorios a su disposición o que a su derecho convengan.

VIGÉSIMA. - *Congruencia de la resolución cautelar.* Partiendo de las imprescindibles garantías del debido proceso y la necesidad de no causar en el sujeto pasivo de la medida cautelar más perjuicio del absolutamente imprescindible para la consecución de los fines propuestos, sostenemos la hipótesis razonable de que el órgano jurisdiccional deberá contar con cierta

libertad y capacidad de decidir sobre el contenido concreto de la medida en que se sustancie la tutela cautelar. Nuestro planteamiento parte, inexcusablemente, como ya hemos señalado en un apartado anterior de estas reflexiones conclusivas, de la vigencia de los principios dispositivo, de instancia de parte y de controversia, razonablemente entendidos e informados y entreverados por el principio superior de indemnidad de la tutela, de manera que serán los interesados los que deban proponer al órgano judicial las medidas concretas que solicitan para la protección de sus derechos.

Desde esta idea de partida, llegamos a la certidumbre de que el respeto a los principios del debido proceso, proporcionalidad y razonabilidad serán más acusados si el órgano judicial puede decidir, con el límite máximo en su cognición de la medida propuesta por las partes, con cierta discrecionalidad razonable sobre el régimen y alcance de los concretos efectos cautelares de cada caso. Por ello, entendemos imprescindible que el órgano judicial pueda decidir medidas menos gravosas o melioratívas, aunque diferentes, de las solicitadas expresamente por la parte actora, siempre y cuando, dicha tutela cautelar sea igualmente adecuada para alcanzar los efectos pretendidos en la petición. La necesidad de que el órgano judicial justifique y motive suficientemente la adecuación de la medida diferente adoptada evitará cualquier arbitrariedad. Con ello se conseguirá hacer efectiva la prohibición de exceso y evitar que la posición y los derechos procesales del cautelado se vean arrasados por medidas absolutamente desproporcionadas.

FINAL. - *Corolario asuntivo. Pautas de prospectiva dogmática y normativa.* Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, defendemos la necesidad de una actualización sutil pero trascendente, de las normas reguladoras de la tutela cautelar en nuestro ordenamiento, de manera que se adapte el mismo a las más novedosas orientaciones legislativas y doctrinales en la materia que nos ocupa. No está motivada esta propuesta por el simple capricho o la moda y el seguidismo, sino que entendemos que existen importantes razones que hacen conveniente la adaptación de nuestra tutela cautelar.

El centro de gravedad hacia el que, con carácter permanente, deberá encaminarse esta reforma será la maximización de los derechos y garantías de los justiciables, contemplados desde un doble prisma. Desde la óptica de la parte activa, construyendo una tutela cautelar que proteja con mayor eficacia el derecho o el interés jurídico del que se solicita protección, con mecanismos ágiles, eficientes y razonablemente onerosos. De esta manera, el acceso a una tutela jurisdiccional será más atractivo e interesante, puesto que el derecho a la tutela judicial efectiva será más real y tangible. Desde la visión de la parte pasiva, la configuración de estos instrumentos deberá velar siempre por las garantías de defensa de la misma, de manera que tenga una oportunidad real y efectiva de hacer valer sus derechos, no sufriendo, de manera sorpresiva e inopinada, una inmisión excesiva en su esfera y

patrimonio jurídicos, que siempre deberá ser estrictamente proporcionada y razonable.

Para esta labor, proponemos una potenciación de las formas de tutela cautelar de contenido anticipatorio, con la necesidad de que el legislador acoja más fórmulas de esta naturaleza, o bien permita a los órganos judiciales que, sin temor, adopten, dentro de la posibilidad de poner en marcha medidas innominadas, cautelas de este tipo.

Por otra parte, será necesaria también una relajación de aquellas normas procesales que mantienen un vínculo férreo de instrumentalidad entre la tutela cautelar y las tutelas declarativas y ejecutivas. Deberá permitirse, preferentemente tras las necesarias reformas legislativas –para lo cual se postula una Novela que regule, de manera singular, todas las tutelas urgentes–, que los justiciables soliciten medidas que, por su contenido, puedan agotar o dar satisfacción a sus intereses, sin forzar a las mismas a plantear inútiles y costosos procesos con el único objeto de mantener viva la tutela cautelar que, adecuadamente, protege sus derechos e intereses. Este posible adelanto en la satisfacción de los derechos del solicitante no podrá realizarse a costa de los derechos constitucionales de la contraparte, a la que habrá que dar las oportunidades procesales necesarias para defender adecuadamente su posición ante el órgano judicial. No se trata, por tanto, de agilizar la tutela a costa de una de sus partes, sino de respetar la

contradicción dialéctica natural en condiciones de igualdad y paridad de armas que debe existir en todo proceso.

En definitiva, hacer posible y real a estas alturas del siglo XXI un sistema de tutela precautoria coherente, progresivo y pleno de garantías: el debido proceso cautelar. Así, en nuestra época, habrá alumbrad plenamente el alba de la feraz intuición *wach-chiovendiana* respecto de las formas de tutela jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M., "Algunas nociones en torno la medida cautelar innovativa como mecanismo garantizador de la tutela judicial efectiva", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 31, págs. 1-17.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972),* Tomos I y II, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1992.

--- *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1991.

--- *Estudios procesales,* Tecnos, Madrid, 1975.

--- "El Nuevo Código Procesal Civil Brasileño", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2, 1974, págs. 455-487.

--- *Cuestiones de terminología procesal,* Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1972.

--- *Veinticinco años de evolución del Derecho Procesal (1940-1965),* Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1968.

--- *Estudios de Derecho Procesal,* Góngora, Madrid, 1934.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. / LEVENE, R., *Derecho Procesal Penal,* Tomos I y II, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1945.

ALEXY, R., "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 91, 2011, págs. 11-29.

ALLORIO, E., "Necesidad de la tutela jurídica", trad. Alcalá-Zamora y Castillo, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo IV, núm.14, 1954, págs. 87-114.

--- "Per una nozione del processo cautelare", *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, núm. 1, 1936, págs. 18-44.

ALMAGRO NOSETE, J., *Constitución y proceso*, Bosch, Barcelona, 1984.

--- "Garantías constitucionales del proceso civil", *Justicia,* núm. especial, 1981, págs. 11-42.

ALONSO FURELOS, J.M., "Nuevas perspectivas sobre el proceso cautelar", *Justicia*, núm. II, 1990, págs. 339-404.

ALONSO GARCÍA, E., "El principio de igualdad en el artículo 14 de la Constitución Española", *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, págs. 21-92.

ALONSO OLEA, M. / MIÑAMBRES PUIG, C., *Derecho Procesal del trabajo*, 10ª ed., Civitas, Madrid, 1999.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el contexto europeo,* Bosch, Barcelona, 2015.

ALVARADO VELLOSO, A., *Las cautelas procesales. Crítica a las medidas precautorias,* Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

ÁLVAREZ ALARCÓN, A., "Procedimientos para la adopción de las medidas provisionales", en ÁLVAREZ ALARCÓN A. / BLANDINO GARRIDO, M. A. / SÁNCHEZ MARTÍN, P., *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio,* 2ª ed., Valencia, 2016, págs. 651-680.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales*, Dykinson, Madrid, 2015.

ANDRADRE, E. / NUNES, D., "Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada", *Coletânea Novo CPC: Doutrina Selecionada*, Coords.: DIDIER JR., F. / FREIRE, A. / BARROS, L. B. / PEIXOTO, R., vol. IV, Salvador: Juspodivm, 2015, págs. 77 y ss.

ANDRIOLI, V., *Commento al Codice de Procedura Civile,* tomo IV, Jovene, Napoli, 1964.

ARAGONESES ALONSO, S., *Las «astreintes»*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985.

ARANGÜENA FANEGO, C., "Artículo 699", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* tomo III, 2ª ed., Director: LORCA NAVARRETE, A. M., Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 3590-3604.

--- *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español,* Bosch, Barcelona, 1991.

ARAUJO CINTRA, A. C. de- / PELLEGRINI GRINOVER, A. / DINAMARCO, C. R., *Teoría Geral do Proceso,* 13ª ed., Malheiros Editores, Sao Paulo, 1997.

ARAZI, R., "Tutela anticipada como medida cautelar innovativa", *Revista de Derecho Procesal (Rubinzal-Culzoni)*, núm. 2, 2009, 167-184.

--- *Medidas cautelares*, Astrea, Buenos Aires, 1997.

ARAZI, R. / KAMINKER, M.E. / EISNER, I. / MORELLO, A. M., *Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,* autoedición, Buenos Aires, 1993.

ARIAS LOZANO, D., "La suspensión cautelar de acuerdos de sociedades anónimas", *Cuadernos de Derecho Judicial: Medidas cautelares por razón de la materia*, núm. XVII, 1997, págs. 281-320.

ARMENGOT VILAPLANA, V., "La modificación y el alzamiento de las medidas cautelares", *Práctica de Tribunales,* núm. 106, 2014, págs. 6-21.

ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Penal,* 6ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

--- "Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad", *Diario La Ley,* núm. 6211, 16 de marzo de 2005, págs.1 y ss. [versión electrónica en laleydigital.laley.es].

--- "Hacia la reforma de la prisión provisional", *Justicia*, núm. I, 1988, págs. 67-102.

--- *La prisión provisional,* Civitas, Madrid, 1987.

AYARRAGARAY, C. A., *El principio de inmaculación en el proceso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.

BANDRÉS, J., "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario", *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, págs. 495-538.

BAPTISTA DA SILVA, O., *Do processo cautelar*, Forense, Río de Janeiro, 1998.

--- *As ações cautelares e o novo processo civil,* 2ª ed., Forense, Río de Janeiro, 1980.

BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos,* Universidad de Cantabria, Santander, 1995.

BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares en el arbitraje,* Civitas, Cizur Menor, 2006.

--- *Tutela civil y penal de la publicidad,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

--- *Medidas cautelares en los procesos sobre propiedad industrial,* Comares, Granada, 1995.

--- *Protección del derecho de marcas (aspectos procesales),* Civitas, Madrid, 1992.

--- *Competencia desleal,* Tirant Lo Blanc, Valencia, 1991.

--- "Principio de proporcionalidad, presupuesto esencial de la prisión provisional", *Diario La Ley*, tomo 4, 1987, págs. 846-853.

BARREIRO, V., "Las medidas autosatisfactivas. Su recepción en nuestro ordenamiento jurídico", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4, 2004, págs. 453-462.

BATES, B. M., "Reconciliation after Winter: The standard for preliminary injunctions in federal courts", *Columbia Law Review,* vol. 111, núm. 7, 2011, págs. 1522-1556.

BAUR, F., *Estudos sobre a tutela jurídica mediante medidas cautelares,* Trad. Laux, Fabris, Porto Alegre, 1985.

BECCARIA, C., *De los delitos y las penas,* Trad. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998.

BENTHAM, J., *Una protesta contra las tasas judiciales*, Trad. Rubio de Urquía, Civitas, Cizur Menor, 2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Las medidas cautelares en la nueva legislación sobre bienes inmateriales y Derecho de la competencia" en *Homenaje a H. Baylos. Estudios sobre Derecho Industrial,* Grupo español de la AIPPI, Madrid, 1992, págs. 57 y ss.

BERIZONCE, R. O., "El nuevo CPC brasileño. Hacia la efectivización de los derechos y garantías fundamentales", *Revista de Informação Legislativa*, vol. 48, núm.190, 2011, págs. 203-213.

--- "Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo", en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional de la Plata)*, tomo 7, núm. 40, 2010, 417-432.

--- "La tutela anticipada en el Derecho argentino", en *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal,* Dirs.: GÓMEZ LARA, C. / STORME M., México, 2005, págs. 239-252.

--- "La tutela anticipatoria en la Argentina (estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)", *Jurisprudencia Argentina*, tomo II (1998), págs. 905 y ss.

BERMÚDEZ OCHOA, E., "La configuración judicial del concepto de imparcialidad objetiva", *Justicia*, núm. 1, 1997, págs. 93-164.

BONATO, G., "Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano", *Judicium.it.,* 26 de octubre de 2015, [http://www.judicium.it/wp-content/uploads/2016/11/G.-Bonato.pdf; última consulta 14 de febrero de 2017].

BONET NAVARRO, Á., "Posibilidad, probabilidad y certeza en el proceso penal", en *Escritos sobre la jurisdicción y su actividad,* Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1981, págs. 385 y ss.

BORDALÍ SALAMANCA, A., "Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XII, núm. 2, 2001, 50-66.

BRAGA CASTRO, T., "Tutela provisória: tutela da urgência e a estabilização da demanda", *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, vol. 40, núm. 2, 2015, págs. 13-30.

BRICHETTI, G., *La evidencia en el proceso penal,* Trad. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1973.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., *El principio de prueba en el proceso civil español,* Montecorvo, Madrid, 1989.

BUZAID, A., *Anteprojeto de Código de Processo Civil,* Imprensa Nacional, Río de Janeiro, 1964.

CACHÓN CADENAS, M., *Apuntes de ejecución procesal civil,* Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 2011.

--- "Artículo 591", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* tomo III, 2ª ed., Dir.: LORCA NAVARRETE, A. M., Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 2919-2924.

--- "Embargo de bienes no inscritos a favor del ejecutado en el Registro de la Propiedad", *Justicia*, núm. IV, 1984, págs. 873-886.

CALAMANDREI, P., "Verdad y verosimilitud en el proceso civil", Trad. Sentís Melendo, *Estudio sobre el proceso civil,* EJEA, Buenos Aires, 1986, págs. 317-353.

--- "La sentenza dichiarativa di fallimento comme provvedimento cautelare", en *Opere Giuridiche,* vol. IX, Morano, Napoli, 1983, págs. 397-428.

--- *Estudios sobre el proceso civil,* Trad. Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.

--- *Chiovenda. Recuerdo de juristas,* Trad. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1959.

--- *El procedimiento monitorio*, trad. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1953.

--- *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares,* Trad. Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.

CALAZA LÓPEZ, S., *El proceso de impugnación de acuerdos de sociedades anónimas y cooperativas,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2003.

CALDERÓN CUADRADO, M.P., *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

--- "La respuesta de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil a cuatro temas controvertidos en materia cautelar", en *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. XXII Jornadas de Estudio*, Madrid, 2002, págs. 711-735.

--- "El nuevo régimen legal de las medidas cautelares o la difícil búsqueda de un justo equilibrio entre intereses contrapuestos", *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 100, núm. 4, 2001, págs. 1245-1261.

--- "Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares", *Diario La Ley*, tomo 2, 1995, 1086-1101.

--- "Las medidas cautelares innominadas", *Cuadernos de Derecho Judicial: Las medidas cautelares*, núm. XXVII, 1993, págs. 289-337.

--- "Medidas cautelares indeterminadas: su regulación en derecho alemán", *Revista General de Derecho*, núm. 571, 1992, págs. 2505-2538.

--- *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil español,* Civitas, Madrid, 1992.

CALVO SÁNCHEZ, M. C., "Análisis y sugerencias en torno a la regulación de la recusación en el borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil de abril de 1997", *Revista General de Derecho*, núm. 624, 1998, págs. 1769-1818.

CALVOSA, C., *Il processo cautelare e i provvedimenti d'urgenza,* UTET, Torino, 1970.

--- *La Tutela Cautelare,* UTET, Torino, 1963.

CÁMARA RUIZ, J., *La intervención judicial de bienes litigiosos,* Comares, Granada, 1997.

CAPONI, R., "Piero Calamandrei e la tutela cautelare", *Rivista di diritto processuale*, núm. 5, 2012, págs.1250-1257.

--- "Il principio di proporzionalità nella Giustizia Civile: prime note sistematiche", *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 2, 2011, págs. 389-406.

--- "La nueva disciplina general de los procedimientos cautelares", *Ius et veritas*, núm. 32, 2006, págs. 229-239.

CAPPELLETI, M., *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo,* Trad. Fix Zamudio, Porrúa, México DF, 1993.

--- *Proceso, ideologías, sociedad,* Trad. Sentís Melendo / Banzhaf, EJEA, Buenos Aires, 1974.

CARBAJO CASCÓN, F., "Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en internet", *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 15, 2012, págs. 7-16.

CARNELUTTI, F., *Metodología del derecho,* Trad. Sentís Melendo, Valletta, Buenos Aires, 2003.

--- *Instituciones del proceso civil,* 4ª ed., vols. I-III, Trad. Sentís Melendo, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997.

--- *Cuestiones sobre el proceso penal,* Trad. Sentís Melendo, Librería El Foro, Buenos Aires, 1994.

--- *Cómo se hace un proceso,* Trad. Sentís Melendo / Ayerra Redín, EDEVAL, Valparaíso, 1979.

--- *Diritto e processo*, Morano, Napoli, 1958.

--- *Estudios de Derecho Procesal,* Trad. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1952.

--- *Instituciones del nuevo proceso civil italiano,* Trad. Guasp Delgado, Bosch, Barcelona, 1942.

CAROCCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal,* Bosch, Barcelona, 1998.

--- "Competencia territorial improrrogable", *Justicia,* núm.2, 1996, págs. 319-386.

CARPI, F., "La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di merito", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 4, 1985, págs. 680-724.

CARPI, F. / COLESANTI, V. / TARUFFO, M. (COORD.), *Commentario breve al Codice di Procedura Civile,* CEDAM, Padova, 1984.

CARRERAS LLANSANA, J., "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", en FENECH, M. / CARRERAS, J., *Estudios de Derecho Procesal,* Barcelona, 1962, págs. 335-413.

--- "Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en FENECH, M. / CARRERAS, J., *Estudios de Derecho Procesal,* Barcelona, 1962, págs. 563-594.

CELESTE, A., *Il nuovo procedimento cautelare civile: commentario breve con giurisprudenza,* 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2010.

CERDA LABANDA, D. / LASHERAS ROMERO, C., "Reflexiones en torno a los enlaces de eventos deportivos en «streaming» frente a la posible infracción de derechos de propiedad intelectual, así como actos de

competencia desleal", *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 51, 2016, págs. 291-320.

CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías derivadas del art. 24.1 de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1994.

CHIMENO CANO, M., *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental,* Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa,* Civitas, Madrid, 1991.

CHIOVENDA, G., *La acción en el sistema de los derechos,* Trad. Sentís Melendo, Themis, Bogotá, 2011.

--- *Principios de Derecho Procesal Civil,* tomos I y II, Trad. Casáis y Santaló, Reus, Madrid, 1977.

--- *Ensayos de Derecho Procesal Civil,* Trad. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1949.

--- *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* tomos I-III, Trad. Gómez Orbaneja, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.

--- "Adolfo Wach", *Rivista di Diritto processuale civile*, núm. 1, 1926, pág 369.

CIPRIANI, F., "I problemi del processo di cognizione tra passato e presente", *Rivista di Diritto Civile*, núm. 1, 2003, 39-70.

COLOMER HERNÁNDEZ, I. "De nuevo sobre el cierre de páginas web: la naturaleza cautelar de esta medida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 813, 2011, pág. 5 y ss.

COMPERNOLLE J., van- / TARZIA, G. (directores), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien,* Bruylant,Bruselas, 1998.

CONSOLO, C., *Codice di procedura civile commentato*, 5ª ed., vol. III, Ipsoa, Milano, 2013.

--- "Ricusazione del giudice per precedente cognizione della causa", *Rivista di Diritto Civile*, núm. II, 1982, págs. 179-217.

CONVERSET, M. M., "Procedencia de las medidas autosatisfactivas", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 3, 2004, págs. 699-704.

CORDÓN MORENO, F., "Principio de proporcionalidad y congruencia de la resolución que adopta las medidas cautelares", *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 674, 2005, págs. 1-5.

CORDÓN MORENO, F. / ARMENTA DEU, T. / MUERZA ESPARZA, J. J. / TAPIA FERNÁNDEZ, I. (coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* vol. II, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. / GIMENO SENDRA, V. / MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial,* 2ª ed., Colex, Madrid, 2000.

COSTA, G. R., "Entre función y estructura: pasado, presente y futuro de la tutela de urgencia en Brasil", en *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente,* Director: CAVANI, R., Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

COSTANTINO, G. "Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 3, 2003, 651-677.

COUTURE, E. J., *Vocabulario Jurídico,* 4ª ed., B de f, Buenos Aires, 2010.

--- *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* 4ª ed. (4ª reimp.), B de f, Montevideo, 2010.

--- *Estudios de Derecho Procesal Civil,* 3ª ed., vols. I y III, Depalma, Buenos Aires, 1979.

--- *Proyecto de Código de Procedimiento Civil. Con exposición de motivos,* Impresora uruguaya, Montevideo, 1945.

CUADRAO, J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y concordado,* 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1987.

CUCARELLA GALIANA, L.-A. *El proceso civil en materia de patentes,* Comares, Granada, 1999.

--- "Órgano jurisdiccional competente en materia cautelar en el Anteproyecto de LEC", *Presente y futuro del proceso civil,* Director: PICÓ I JUNOY, J., Bosch, Barcelona, 1998, págs. 737-746.

DAMIÁN MORENO, J., "Aspectos generales en torno al proceso de impugnación de acuerdos sociales de las sociedades anónima", *Revista de Derecho Procesal,* núm.1, 2000, págs. 49-76.

--- "Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares", *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* tomo II, Coords.: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. / MORENO CATENA, V., Tecnos, Madrid, 2000.

DENTI, V., *La giustizia civile,* Il Mulino, Bologna, 1989.

--- "Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale", en *L'informazione e i diritti della persona,* Director: ALPA, G., Jovene, Napoli, 1983, págs. 261-271.

DEVÍS ECHANDÍA, H., *Compendio de Derecho Procesal,* 5ª ed., tomo III, vol 1º, Panamericana, Bogotá, 1982.

DIANA, A. G., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC,* UTET, Torino, 2012.

DIDIER JR., F. / SARNO BRAGA, P. / OLIVEIRA, R., *Curso de Direito Processual Civil,* 7ª ed., tomo 2, Salvador, Jus Podium, 2012.

--- "Todavía sobre la distinción entre tutela anticipada y tutela cautelar", en VVAA, *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil*, Trad. Cavani y Delgado Suárez, Lima, págs. 331-348.

DIEGO DÍAZ, L. A. DE-, *La tutela cautelar en el nuevo código Procesal Civil,* OIM, Tegucigalpa, 2008.

DINAMARCO, C. R., *A Instrumentalidade do Processo,* Malheiros, Sao Paulo, 1996.

DÍAZ CABIALE, J. A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez,* Comares, Granada, 1996.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., --- "Art. 727", *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Directores: OLIVA SANTOS, A. de la-, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. / VEGAS TORRES, J. / BANACLOCHE PALAO, J., Civitas, Madrid, 2000.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. / OLIVA SANTOS, A. de la-, "Los procedimientos judiciales en la nueva legislación societaria", *La Ley,* núm. I, 1990, págs. 1049-1065.

DONZELLI, R., "Sul 'giusto processo' civile 'regolato dalla legge'", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 4-5, 2015, págs. 942-960.

DOTTI, R., "A estabiliçao da tutela antecipada no CPC de 2015: A Autonomía da tutela sumária e a coisa julgada dispensável", *Processo em jornadas*, Coords.; DOS SANTOS LUCON, P. H. / CARVALHO APRIGLIANO, R. / HECKER DA SILVA, J. P. / VASCONCELOS, R. / ORTHMAN, A., JusPodium, Salvador, 2016, págs. 904 y 905

EIRANOVA ENCINAS, E. / LOURIDO MÍGUEZ, M., *Código Procesal Civil alemán,* Marcial Pons, Madrid, 2001.

ENNECCERUS, L., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones,* 2ª ed., tomo II, vol. 1º, Trad. Pérez González y Alguer, Bosch, Barcelona, 1954.

ESCALER BASCOMPTE, R., "La ejecución de sentencias no dinerarias en sus propios términos: una muestra jurisprudencial de la confusión existente. Análisis del auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 de septiembre de 2001", *Justicia,* núm.1-2, 2004, págs. 47-132.

FAIRÉN GUILLÉN, V., *Panorama crítico del proceso civil español (1938-1998),* Civitas, Madrid, 1998.

--- *Doctrina general del Derecho Procesal,* Bosch, Barcelona, 1990.

--- *Temas del ordenamiento procesal,* tomos I y II, Tecnos, Madrid, 1969.

--- *Sugerencias sobre el "Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Civil" de 1966,* Universidad de Valencia, Valencia, 1966.

--- *Estudios de Derecho Procesal,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

--- *El juicio ordinario y los plenarios rápidos,* Bosch, Barcelona, 1953.

FASSBENDER, B., "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, (1998, págs. 51- 73.

FAZZALARI, E., "Profili della cautela", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 1, 1991, 1-14.

--- "Processo (Teoria General)" en *Novissimo Digesto Italiano,* 3ª ed., tomo XIII, UTET, Torino, 1981, págs. 1069 y ss.

FENECH, M. / CARRERAS, J., *Estudios de Derecho Procesal,* Bosch, Barcelona, 1962.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. El proceso ordinario de ejecución: el nuevo juicio ejecutivo; los demás procesos de ejecución especiales y las medidas cautelares,* Iurgium, Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. / OLIVA SANTOS, A. de la-, *Derecho Procesal Civil,* Tomo III, Ramón Areces, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A. / RIFÁ SOLER, J. M. / VALLS GOMBAU, J. F. (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* Tomo III, Iurgium-Atelier, Barcelona, 2000.

FERRUA, P., *Il giusto processo,* 3ª ed., Zanichelli, Bologna, 2012.

FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R., "Las medidas cautelares en la nueva Ley De Enjuiciamiento Civil" en *Estudios sobre la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil,* Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2003.

FRANCO ARIAS, J., "Ejecución no dineraria: disposiciones generales, ejecución por deberes de entregar cosas y por obligaciones de hacer y no hacer", en *Instituciones del nuevo proceso civil,* vol. III, Coordinador: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., Economist & Jurist, Barcelona, 2000, págs. 459-515.

FRISINA, P., "La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 2-3, 1986, págs. 364 y ss.

GALLEGO MOREL, M., "El artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista de Derecho Procesal,* núm. 2, 1953, págs. 211-239.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

--- "Medidas cautelares y proceso cautelar", en *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* Director: GARBERÍ LLOBREGAT, J., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004, págs. 29-109.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.), *Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P., *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas. Análisis del procedimiento actual y del previsto en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* Colex, Madrid, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder,* 3ª ed., Civitas, Madrid, 1983.

--- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* 2ª ed., Civitas, Madrid, 1982.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda,* Cedecs, Barcelona, 2004.

--- *Medidas cautelares en el proceso civil extranjero (art. 24 del Convenio de Bruselas),* Comares, Granada, 1998.

GESTA MELO FILHO, A. C. /ASSEF, J., "Tutela de urgência no novo Código de Processo Civil – a extinção do processo cautelar", *Ensinagem: Revista Periódica da Faculdade de Belém*, vol. 3., núm. 2, págs. 111-124.

GILSANZ USUNAGA, J., *El proceso civil estadounidense: la tutela judicial cautelar,*
Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal,* Castillo de Luna, Madrid, 2015.

--- *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1985.

GIMENO SENDRA, V. / DÍAZ MARTÍNEZ M., *Derecho Procesal Penal,* Madrid, 2004.

GIMENO SENDRA, V. / MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal,* Colex, Madrid, 1996.

GIORDANO, R., *La tutela cautelare uniforme. Prassi e questioni,* Giuffrè, Milano, 2008, págs. 137.

GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales del proceso. Teoría general del proceso,* vols. I y II, EJEA, Buenos Aires, 1961.

--- *Principios generales del proceso II: problemas jurídicos y políticos el proceso penal,* EJEA, Buenos Aires, 1961.

--- *Derecho Procesal Civil,* Trad. Prieto-Castro Ferrándiz, Labor, Barcelona, 1936.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M., "Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad", *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 101, núm. 4, 2002, págs. 1099-1120.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual De Derecho Procesal Administrativo,* 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal español", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, págs. 191-215.

--- *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal,* Colex, Madrid, 1990.

GÓMEZ COLOMER, J. L., "El novísimo procedimiento cautelar civil", *Justicia*, núm. 1, 2001, págs. 7-32.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., *El Proceso Civil,* 4ª ed., Forum, Oviedo, 2005.

GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho y proceso*, Civitas, Cizur Menor, 2009.

--- "El proceso de impugnación de la ley de sociedades anónimas", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 1955, 123-129.

--- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882,* tomo I, Bosch, Barcelona, 1947, tomo II, Barcelona, 1951.

GÓMEZ ORBANEJA, E. / HERCE QUEMADA, E., *Derecho Procesal Penal,* 10ª ed., Madrid, 1984.

--- *Derecho Procesal Civil,* 8ª ed., vols. I y II, Madrid, 1979.

GOZAÍNI, O. A., *Derecho Procesal Civil,* EDIAR, Buenos Aires, 1992.

GRABENWARTER, C., *European Convention on Human Rights. Commentary.* C. H. Beck, Munich, 2014.

GUASP DELGADO, J., *Concepto y método de Derecho Procesal,* Civitas, Madrid, 1997.

--- "El sistema de una Ley Procesal Civil hispano-americana", *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1956, págs. 69-166.

--- *Comentarios a La Ley de Enjuiciamiento Civil,* Aguilar, Madrid, 1943.

GUASP DELGADO, J. / ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho Procesal Civil,* 4ª ed., tomos I y II, Civitas, Madrid, 1998.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", *Estudios de Derecho Procesal.* EUNSA, Pamplona: 1974.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La Prisión Provisional,* Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

HAZARD, GEOFFREY C. / TARUFFO, M., *La justicia civil en los Estados Unidos,* Trad. Gascón Inchausti, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

HENRÍQUEZ LA ROCHE, R., *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Civil,* Centro de Estudios Jurídicos del Zulia, Maracaibo, 1986.

HERCE QUEMADA, E., "El proceso cautelar", *Revista de Derecho Procesal*, núm. IV, 1966, págs. 11-26.

HOYOS SANCHO, M. de-, "Las medidas cautelares de suspensión de servicio y clausura de páginas web por vulneración de derechos de autor en internet", *La propiedad intelectual en la era digital,* Dir.: MATA Y MARÍN, R. M., La Ley, Madrid, 2011.

HUERTAS MARÍN, I., *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Comares, Granada, 2002.

IHERING, R. von-, *La lucha por el Derecho,* Trad. Posada, Civitas, Madrid, 1985.

JIMÉNEZ PLAZA, C., *El* fumus boni iuris*: un análisis jurisprudencial,* Iustel, Madrid, 2005.

JOVE PONS, M. A., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil,* Bosch, Barcelona, 1995.

KISCH, W., *Elementos de Derecho Procesal Civil,* 4ª ed., Trad. Prieto-Castro, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932.

KLUTH, W., "Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, págs. 219-237.

LANCELOTTI, F., "Osservazioni critiche intorno all'autonomía processuale della tutela cautelare", *Rivista di Diritto processuale civile*, núm. 3, 1939, pág. 232-271.

LARDIZÁBAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas,* Comares, Granada, 1997.

LARROSA AMANTE, M. Á., "Las cautelas indeterminadas y las medidas cautelares específicas", *Cuadernos de Derecho Judicial: las medidas cautelares y los recursos*, núm. X, 2000, págs. 147-192.

LEIBLE, S., *Proceso civil alemán,* Konrad Adenauer Stiftung-Dike, Bogotá, 1999.

LEUBSDORF, J., "The standard for preliminary injunctions", *Harvard Law Review* vol. 91, núm. 3, 1978, págs. 525-566.

LIEBMAN, E. T., *Manual de Derecho Procesal Civil,* Trad. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1980.

--- "Fondamento del principio dispositivo" *Rivista di Diritto Processuale,* núm. 4, 1960, págs. 551 y ss.

--- "Unità del procedimento cautelare", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 1, 1954, 248-254.

LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., "El cambio de signo de las medidas cautelares en el proceso civil y ciertas observaciones sobre su regulación", *Tribunales de Justicia*, núm. 6, 2002, págs. 23-44.

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *Los Interdictos,* Colex, Madrid, 2001.

LORCA NAVARRETE, A. M., *Simplemente un proceso justo,* Instituto vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2014.

--- Estudios sobre garantismo procesal, Instituto vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2009.

--- "El Derecho Procesal conceptuado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado 'Derecho de la Garantía de la Jurisdicción Procesal'", *Revista vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. XX, núm. 1, 2008, págs. 15-30.

--- Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Lex Nova, Valladolid, 2000.

LORCA NAVARRETE, A. M. / LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General,* Instituto vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2002.

LOZANO-HIGUERO PINTO, M., "Sobre conceptos fundamentales del proceso penal en el sistema espacio-temporal de las garantías

constitucionales supranacionales" en *Estudios de Derecho Español y Europeo*, Universidad de Cantabria, Santander, 2009, págs. 499 a 519

---"Principios dispositivo, de controversia y acusatorio: significado actual", en *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidar,* Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, págs. 271 a 292.

--- "Modernas tendencias actuales y nuevas perspectivas ante el nuevo siglo del Derecho Procesal Civil", *Revista peruana de derecho procesal*, núm. 3, 1999, págs. 123-142.

--- *Introducción al Derecho Procesal,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

--- *Constitución y proceso: el principio de imposición de costas,* Universidad de León, León, 1987.

LOZANO-HIGUERO PINTO, M. / MARCHENA GÓMEZ, M., *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal,* Comares, Granada, 1994

MALDONADO RAMOS, J., *Los interdictos de retener y recobrar y de obra nueva en la doctrina de las Audiencias Provinciales,* La Ley, Madrid, 1997.

MALLANDRICH MIRET, N., "La adopción de medidas cautelares en los juzgados de instancia. Un estudio empírico", *Diario La Ley*, núm. 8012, 30 de enero 2013, págs. 1 y ss.

--- *Medidas cautelares y arbitraje,* Atelier, Barcelona, 2010.

MANDRIOLI, C., *Diritto Processuale Civile,* 21ª ed., vol. IV, Giappichelli, Torino, 2011.

--- "I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte", *Rivista de Diritto Processuale*, núm. 3, 1986, págs. 657 y ss.

MANRESA Y NAVARRO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* 7ª ed., tomo VI, Madrid, 1957.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "El artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista de Derecho Procesal iberoamericana*, núm.1, 1975, págs. 79-100.

MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Trad. Sentís Melendo / Ayerra Redín, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996.

MARINONI, L. G., *Tutela anticipada y tutela inhibitoria,* Palestra, Trad. Cavani, Lima, 2016.

MARÍN FERNÁNDEZ, A., "Cuestiones procesales de la suspensión cautelar de acuerdos en los procedimientos de impugnación. El art. 120 TRLSA", *Cuadernos de Derecho Judicial. Las medidas cautelares*, núm. 27, 1993, págs. 309-319.

MARINUCCI, M., "La stabilitá dei provvedimenti cautelari in materia de proprietà intellettuale ed industriale alla luce del d. lg. N. 140/2006", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 1, págs. 101 y ss.

MARTÍ MARTÍ, J., "Las medidas cautelares en los procesos de filiación, paternidad y maternidad del artículo 768 LEC", *Práctica de Tribunales,* núm. 106, 2014, págs. 22-31.

MARTÍN PASTOR, J., "Algunas reflexiones sobre la tutela cautelar frente a actos de competencia desleal", *Diario La Ley*, núm. 6938-6939, 2008, págs. 1 y ss.

--- *La anotación preventiva como medida cautelar y el registro,* Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

--- "Algunas cuestiones sobre las anotaciones preventivas de naturaleza cautelar en el Anteproyecto de LEC", en *Presente y futuro del proceso civil,* Dir.: PICÓ I JUNOY, J., Bosch, Barcelona, 1998.

--- *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles,* Comares, Granada, 1997.

MATTEIS, S. de-, *La riforma del processo cautelare: Analisi sistemica e profili operativi del nuovo rito cautelare,* Giuffrè, Milano, 2006, págs. 357 y 753;

MENGER, A., *El Derecho Civil y los pobres,* Trad. Posada, Comares, Granada, 1998.

MERCADER UNGUINA, J. R., "Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y canon reforzado de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Estudio de Derecho español y*

europeo, Dirs.: ARRANZ DE ANDRÉS, C. / SERNA VALLEJO M., Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2009.

MERLIN, E. "Le cause della sopravvenuta ineficacia del provvedimento", en *Il proceso cautelare*, Dirs.: TARZIA, G., y SALETTI, A., CEDAM, Padova, 2011, págs. 445-478.

MICHELI, G. A., *La carga de la prueba,* Trad. Sentís Melendo, Temis, Bogotá, 1989.

--- *Curso de Derecho Procesal Civil,* Trad. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1970.

MIGUEL ALONSO, C. de-, "Aseguramiento de bienes litigiosos", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo III, Barcelona, Seix, 1978, págs. 33-38.

MIGUEL ASENSIO, P. A. de-, "Configuración y alcance de las medidas de cesación contra proveedores de acceso a internet", *La Ley Unión Europea*, núm. 15, 2014, págs. 5-9.

MILLAR, R.W., *Principios formativos del procedimiento civil,* Trad. Grossmann, EDIAR, Buenos Aires, 1945.

MIRA ROS, C., "Que el juez instructor no falle: nueva doctrina del TEDH y del TC sobre el juez imparcial", *Diario La Ley*, tomo II, 2001, págs. 1706-1714.

MITIDERO, D., *Anticipación de tutela: de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria,* Trad. Cavani, Marcial Pons, Madrid, 2013.

--- "Tendências em materia de tutela sumaria: de tutela cautelar à técnica antecipatoria", *Revista de Processo*, núm. 197, 2011, págs. 27 y 66.

--- "O processualismo e a formação do Código Buzaid", *Revista de Processo*, núm. 183, 2010: 165-194.

MONROY PALACIOS, J. J., *Bases para la formación de una teoría cautelar,* 10ª ed., tomo II, Comunidad, Lima, 2002.

MONTERO AROCA, J., "Síntesis de Derecho Procesal Civil español", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 89, 1997, págs. 633-793.

--- *Trabajos de Derecho Procesal,* Bosch, Barcelona, 1988.

--- *Evolución y Futuro del Derecho Procesal,* Temis, Bogotá, 1984.

--- *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario,* Civitas, Madrid, 1982.

MONTERO AROCA, J. / FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

MONTERO AROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J. L. / MONTÓN REDONDO, A. / BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional II,* 15ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

MONTÉS REIG, L., "Sobre el embargo preventivo de bienes", *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2006, págs. 495-512.

MONTES REYES, A., *División judicial de patrimonios*, La Ley, Madrid, 2000.

MONTESANO, L. "Problemi attuali e riforme opportune dei provvedimenti cautelari, e in specie d'urgenza, nel processo civile italiano", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 2, 1985, págs. 217-239.

MORELLO, A. M., *El nuevo horizonte del Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni,* Buenos Aires, 2005.

--- "Pórtico", en MONROY GÁLVEZ, J. J., *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Comunidad, Lima, 2002.

--- *La eficacia del proceso,* 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

--- *El proceso civil moderno,* Librería Editora platense, La Plata, 1996.

--- "La cautela satisfactiva", *Jurisprudencia Argentina*, núm. IV, 1996, págs. 414-415.

--- *Anticipación de la tutela,* Librería Editora platense, La Plata, 1996.

MORELLO, AUGUSTO M. / ARAZI, R. / KAMINKER, M.E. / EISNER, I., et al. *Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,* Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998.

MORENILLA ALLARD, P., *La protección jurisdiccional de la marca comunitaria,* Colex, Madrid, 1999.

MORENO CATENA, V., "La ejecución forzosa", en *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* tomo IV, Dirs.: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. / MORENO CATENA, V., Tecnos, Madrid, 2000.

MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal,* 4ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

MORENO HELLÍN, J. "Modificación y alzamiento de las medidas cautelares, caución sustitutoria y daños y perjuicios", *Cuadernos de Derecho Judicial,* núm. XVIII, 2004, págs. 75 y ss.

MORETTI, C., "L'imparzialità del giudice tra la cautela e il merito", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 4, 1996, págs. 1084-1108.

MOSCOSO TORRES, P., "Medidas Cautelares", en *Ley de Enjuiciamiento Civil,* Dirs.: MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J. / LOSCERTALES FUENTES, D., Sepin, Madrid, 2000, págs. 1445-1482.

NADAL GÓMEZ, I., "Artículo 706", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* vol. II, Coord.: CORDÓN MORENO, F. / ARMENTA DEU, T. / MUERZA ESPARZA, J. J. / TAPIA FERNÁNDEZ, I., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs. 599-605.

NIEVA FENOLL, J., "El elemento psicológico en la adopción de medidas cautelares", *Práctica de Tribunales,* núm. 106, 2014, págs. 32-43.

--- *Enjuiciamiento* prima facie*,* Atelier, Barcelona, 2007.

--- "Hacia una nueva configuración de la tutela cautelar", *Diario La Ley*, núm. 8773, 1 de junio de 2016, págs. 1 y ss.

NUSSBAUM, B. J., "Temporary restraining orders preliminary injunctions-the federal practice", *Southwestern Law Journal*, núm. 26, 1972, págs. 265-281.

OLIVA SANTOS, A. de la-, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional,* Bosch, Barcelona, 1980.

OLIVA SANTOS, A. de la- / ARAGONESES MARTÍNEZ, S. / HINOJOSA SEGOVIA, R. / MUERZA ESPARZA, J. / TOMÉ GARCÍA, J. A., *Derecho Procesal Penal,* 8ª ed., CEURA, Madrid, 2007.

OLIVA SANTOS, A. de la- / DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. / VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales,* 3ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. "Artículo 727", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* vol. II, Coord: CORDÓN MORENO, F. / ARMENTA DEU, T. / MUERZA ESPARZA, J. J. / TAPIA FERNÁNDEZ, I., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs. 683-694.

ORTEGA BENITO, V. / PEDRAZ PENALVA, E., "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del tribunal constitucional y literatura especializada alemanas", *Constitución, jurisdicción y proceso,* Akal, Madrid, 1990, págs. 69-100.

ORTELLS RAMOS, M., "La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000", en *Estudios de Derecho Judicial: La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, núm. 44, 2003, 593-689.

--- *Las medidas cautelares,* La Ley, Madrid, 2000.

--- *El embargo preventivo. Doctrina y jurisprudencia (1960-1996),* Comares, Granada, 1998.

--- "El procedimiento cautelar en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Presente y futuro del proceso civil,* Dir.: PICÓ I JUNOY, J., Bosch, Barcelona: 1998, págs. 681-706.

--- "Tutela cautelar en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *El proceso civil y su reforma,* Coord.: Martín Espino, J. D., Colex, Madrid, 1998, págs. 421-474.

--- "Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC", *Justicia*, núm. I, 1989, págs. 43-72.

--- *El embargo preventivo,* Bosch, Barcelona, 1984.

--- "Problemas del proceso de alimentos provisionales", *Justicia*, núm. IV, 1982, págs. 9-67.

ORTELLS RAMOS, M. / BELLIDO PENADÉS, R., *Las medidas cautelares en Derecho de la Competencia,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

ORTELLS RAMOS, M. / CALDERÓN CUADRADO, M.P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español,* Granada, Comares, 1996.

ORTIZ PRADILLO, J.C., *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles,* Iustel, Madrid, 2006.

OVALLE FAVELA, J., *Teoría general del proceso,* 4ª ed., Oxford University Press, México DF, 1996.

PALACIO, L. E., *Manual de Derecho Procesal Civil,* 10ª edición, tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

PASTOR RIDRUEJO, J. A., "La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos", *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2007,* Dirs.: QUEL LÓPEZ, F. J. / ÁLVAREZ RUBIO, J. J., Universidad del País Vasco, Bilbao, 2008, págs. 240-276.

PAZ-ARES, C., "El enforcement de los pactos parasociales", *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 5, 2003, págs. 19-43

PECES MORATE, J., "Medidas Cautelares", en *Jornadas sobre la Reforma del Proceso Civil,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, págs. 317-326.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (dir.), *Derecho positivo de los Derechos Humanos,* Editorial Debate, Madrid, 1987.

PEDRAZ PENALVA, E., "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, 2000, págs. 19-96.

--- "La tutela cautelar durante la paralización del proceso civil de declaración", *Jornadas sobre la Reforma del Proceso Civil,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, págs. 265-287.

--- *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid, 1990.

PELLEGRINI GRINOVER, A., *Ensaio Sobre a Processualidade,* Gazeta jurídica, Brasilia, 2016.

PERELMAN, C., *La lógica jurídica y la nueva retórica,* Trad. Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1988.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., *Introducción al Derecho Procesal,* 2ª ed., Andavira*,* Santiago de Compostela, 2010.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J. / SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal Civil,* 2ª ed., Tomo II, Tórculo, Santiago de Compostela, 2006.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J. / FERRERO BAAMONDE, X.-X. /PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. / SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal Penal,* 2ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2010.

PÉREZ DAUDÍ, V., "La posibilidad de adoptar medidas cautelares en los expedientes de jurisdicción voluntaria", *Justicia*, núm. 2, 2015, págs. 167-184.

--- *Las medidas cautelares en el proceso civil,* Atelier, Barcelona, 2012.

--- "Las medidas cautelares", *Instituciones del nuevo proceso civil,* vol. III, Coord.: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., Economist & Jurist, Barcelona, 2000, págs. 537-684.

"El Anteproyecto de LEC y las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial", en *Presente y futuro del proceso civil,* Dir.: PICÓ I JUNOY, J., Bosch, Barcelona, 1998, págs. 713-736.

--- *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial,* Bosch, Barcelona, 1996.

PÉREZ RAGONE, A. J. D., "Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria", *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2000, págs. 157-214.

PÉREZ UREÑA, A. A., "La acreditación del peligro de la mora procesal y la apariencia de buen derecho del art. 728 LEC para la concesión de las medidas cautelares", *Práctica de Tribunales,* núm. 106, 2014, págs. 44-53.

PEYRANO, J. W., "Las medidas cautelares en materia comercial. Nuevos horizontes de la tutela de urgencia. Notas sobre las medidas autosatisfactorias", *Justicia*, núm. II, 1997, págs. 607-614.

--- "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas", *Jurisprudencia Argentina*, núm. II, 1997, págs. 926-941.

PEYRANO, J. W. / EGUREN, M. C., "El acceso a la 'jurisdicción oportuna': las medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación legal", *Problemas actuales del proceso iberoamericano,* tomo II, Dirs.: ROBLES GARZÓN, J. A. / ORTELLS RAMOS M., Cedma, Málaga, 2006, págs. 583-600.

PICÓ I JUNOY, J., *El juez y la prueba,* Bosch, Barcelona, 2007.

--- *El principio de la buena fe procesal,* Bosch, Barcelona, 2003.

--- "De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas. ¿Un avance del Derecho Procesal?", *Justicia*, núm. 2-4, 2001, págs. 121-142.

--- *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación,* Bosch, Barcelona, 1998.

--- *El derecho a la prueba en el proceso civil,* Bosch, Barcelona, 1996.

PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *Presente y futuro del proceso civil,* Bosch, Barcelona, 1998.

PLAZA, M. de la-, *Derecho Procesal Civil español,* 2ª ed., vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.

PODETTI, J. R., *Tratado de las medidas cautelares,* 2ª ed., EDIAR, Buenos Aires, 1969.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil,* 2ª ed., vols. I y II, Aranzadi, Pamplona, 1985.

--- *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil,* Reus, Madrid, 1950.

--- *Exposición del Derecho Procesal Civil de España,* tomos I y II, Librería General, Zaragoza, 1945.

PROTO PISANI, A., *La tutela jurisdiccional,* Palestra, Lima, 2014.

--- "La nuova disciplina del processo societario. Note a prima lettura", *Il Foro Italiano*, núm. V, 2003, págs. 1 y ss.

--- "Il nuovo art. 111 Constituzione e il giusto processo civile", *Il Foro Italiano*, vol. 123, núm. 10, 2000, págs. 241-250.

--- "Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia proessuale", *Il Foro Italiano*, vol. V, 1998, págs. 8 y ss.

--- *Lezioni di Diritto Processuale Civile,* 2ª ed., Jovene, Napoli, 1996.

--- "La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela", *Il Foro Italiano*, núm. V, 1990, págs. 1-20.

--- "Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile", *Rivista di Diritto Civile*, núm. 2, 1987, págs. 109-139.

--- *Appunti sulla giustizia civile,* Cacucci, Bari, 1982.

PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría general de medidas cautelares penales: peligrosidad del imputado y protección del proceso,* Marcial Pons, Madrid, 2008.

RAMOS MÉNDEZ, F., *El juicio civil,* 2ª ed., Atelier, Barcelona, 2015.

--- *Enjuiciamiento Criminal,* 10ª ed., Atelier, Barcelona, 2011.

--- *Enjuiciamiento Civil,* tomo 1, Atelier, Barcelona, 2008.

--- *El proceso penal. Segunda lectura constitucional,* Bosch, Barcelona, 1991.

--- "Comentario al art. 1428", en *Comentarios a la reforma de la LEC,* CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Coord., Madrid, 1984, págs. 687-695.

--- "Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil", *Justicia*, núm. I, 1985, págs. 75-90.

--- "La eficacia del proceso", *Justicia*, núm. II, 1982, págs. 97-113.

RAMOS ROMEU, F. *Las medidas cautelares civiles: un análisis jurídico-económico,* Atelier, Barcelona, 2006.

--- "Los presupuestos procesales y la tutela cautelar", *Justicia*, núm. 1-2, 2006, págs. 189-216.

RECASENS SICHES, L., *Introducción al estudio del Derecho,* 12ª ed., Porrúa, México DF, 1997.

REGADERA, J. M., "Propuestas de mejora del procedimiento de adopción de medidas cautelares en el proceso civil", en *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Dir.: UREÑA GUTIÉRREZ, P., Madrid, 2004, págs. 127-155.

REIMUNDÍN, R., *Anteproyecto de Código Procesal Civil,* Poder ejecutivo de la provincia de Salta, Salta, 1947.

RENDLEMAN, D., "Irreparability irreparably damaged", *Michigan Law Review*, vol. 90, núm.6, 1992, págs. 1642-1671.

RENEDO ARENAL, M. A., *Problemas del imputado en el proceso penal*, Ramón Areces, Madrid, 2007,

RIBELLES ARELLANO, J. M., "La impugnación de acuerdos sociales", en *Procesos especiales dispositivos por razón de la materia en la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Dirs.: PICATOSTE BOBILLO, J. / SOEANE SPIEGELBERG, J. L., Bosch, Barcelona, 2003, págs. 129-252.

RICCI, E. F., "Verso un nuovo processo civile", *Rivista di Diritto Processuale,* núm. 1, 2003, págs. 211 y ss.

RICHARD GONZÁLEZ, M., "El procedimiento para la adopción de medidas cautelares en el Anteproyecto de LEC", en *Presente y futuro del proceso civil,* Dir.: PICÓ I JUNOY, J., Bosch, Barcelona, 1998, págs. 747-754.

RIFÁ SOLER, J. M., "Requisitos de las medidas cautelares. Modificación y alzamiento de las cautelas", *Cuadernos de Derecho Judicial: las medidas cautelares y los recursos*, núm. X, 2000, págs. 97-146.

--- "La ejecución provisional y las medidas cautelares en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", *Comentarios sobre el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.* Coord.: FONT SERRA, E., Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 97-138.

RIVAS, A. A., "Jurisdicción y cosa juzgada anticipatoria", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XVII, 1996, págs. 243-264.

ROCCO, U., *Tratado de Derecho Procesal Civil,* vol. V, Themis-Depalma, Bogota-Buenos Aires, 1977.

ROCHA GARCÍA, E. de la-, *Procesos y medidas cautelares,* Comares, Granada: 1999.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El decomiso de activos ilícitos*, Salamanca, 2016.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Impugnación de acuerdos de las juntas de accionistas,* 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

ROJAS, J. A., "La tutela anticipada en Argentina y Brasil", *Justicia*, núm. 2, 2015, págs. 479-520.

ROSA CORTINA, J. M. de la-, *Las medidas cautelares personales en el proceso penal,* Bosch, Barcelona, 2015.

ROSENBERG, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil,* 5ª ed., tomo III, Trad. Romera Vera, EJEA, Buenos Aires, 1955.

RUIZ de la FUENTE, M. C., *Las intimaciones judiciales en el proceso civil,* Atelier, Barcelona, 2011.

SAAVEDRA GALLO, P. (coord.), *Sistema de garantías procesales,* Dijusa, Madrid, 2008.

SALETTI, A., "Le misure cautelari a strumentalità attenuata", en *Il proceso cautelare,* 4ª ed., Dirs.: TARZIA, G. / SALETTI, A., Cedam, Padova, 2011, págs. 293-324.

SALVANESCHI, L., "La domanda e il procedimento", en *Il proceso cautelare,* 4ª ed., Dirs.: TARZIA, G. / SALETTI, A., Cedam, Padova, 2011, págs. 389-444.

SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y Derechos Fundamentales,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

SANTOS, M. de los-, "Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia", *Revista peruana de Derecho Procesal*, núm. 4, 2001, págs. 73-86.

--- "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los tribunales*, núm. 1, 1992, págs. 21-28.

SATTA, S., *Derecho Procesal Civil,* 7ª ed., vol. II, Trad. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1972.

SATTA, S. / PUNZI, C., *Diritto Processuale Civile,* 11ª ed., CEDAM, Padova, 1993.

SCHÖNKE, A., *Derecho Procesal Civil,* 5ª ed., Trad. Prieto Castro, Cabrera Claver y Fairén Guillén, Bosch, Barcelona, 1950.

SENTÍS MELENDO, S., "El problema de la lentitud de los procesos y sus soluciones", *Revista de Derecho Procesal iberoamericana*, núm. 3, 1970, págs. 527-544.

--- *El proceso civil,* EJEA, Buenos Aires, 1957.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil,* Bosch, Barcelona, 2000.

--- "Sección sexta. De las presunciones", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* tomo XVI-2, Dir.: ALBALADEJO, M., EDERSA, Madrid: 1981, págs. 267-.

--- “De la prueba de obligaciones” en ALBALADEJO, M. (Dir.), Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, tomo XVI, vol. 2º, Madrid, 1981, págs. -.

--- "Medidas cautelares", *Nueva Enciclopedia Jurídica,* XVI, Seix, Barcelona, 1978, págs. 134-168.

--- "Intervención de los bienes litigiosos", *Estudios de Derecho Procesal,* Barcelona, 1969, págs. 493- 516.

SERRA DOMÍNGUEZ, M. / RAMOS MÉNDEZ, F., *Las medidas cautelares en el proceso civil,* Barcelona, 1974.

SOLER PASCUAL, L. A., “Medidas cautelares específicas a adoptar por el Juez de lo Mercantil”, *Práctica de Tribunales,* núm. 106, 2014, págs. 54-65.

SOLETO, H., *Las medidas provisionales en los procesos de familia,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., "El artículo 1428 de la LEC", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 6, 1985, págs. 62 y ss.

TARUFFO, M., *Páginas sobre justicia civil,* Trad. Aramburo Calle, Marcial Pons, Barcelona, 2009.

TARZIA, G., "Il processo di fallimento e l’imparcialità del giudice", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 1, 1997, págs.13-26.

--- *I Procedimenti Cautelari,* CEDAM, Padova, 1990.

--- "Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza" en *Studi in onore di Enrico Allorio,* vol. II, Giuffrè, Milán, 1989, págs. 1127-1162.

TIRADO ESTRADA, J. J., "La lucha penal contra la piratería física y digital. Elementos normativos y dinámica jurídico-práctica" en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2015.

TOMMASEO, F., *I provvedimenti d'urgenza,* CEDAM, Padova, 1983.

TOMÉ PAULE, J., "La unificación, simplificación y agilización del procedimiento de medidas cautelares en el sistema procesal español", en *Jornadas sobre la Reforma del Proceso Civil,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, págs. 287-316.

TORELLO, L., "Problemática del proceso cautelar", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 1, 1985, págs. 9-18.

TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., "Medidas cautelares de contenido negativo", en *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* Dir.: GARBERÍ LLOBREGAT, J., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004, págs. 657-685.

TORRES ROSELL, N., *Las Medidas Cautelares (Contraste entre la regulación coetánea a la LEC de 1881 y la LEC de 2000),* Montecorvo, Madrid, 2001.

TOURIÑO, A., "La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medidas cautelares dictados en los casos de Uber, Blablacar y Cabify", *Actualidad Civil*, núm. 4, 2016.

VALLESPÍN PÉREZ, D., "Reflexiones acerca del destino de las sumas recaudadas con motivo de las multas coercitivas en sede de ejecución no dineraria", en *Hacia una gestión moderna y eficaz en la ejecución procesal,* Dir.: RAMOS MÉNDEZ, F., Atelier, Barcelona, 2014, págs. 339-342.

--- *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, CIMS, Sabadell, 2009.

--- *La "tutela cautelar" de les víctimes de violència de gènere,* CIMS, Sabadell, 2005.

VALLS GOMBAU, J. M., "Unificación del procedimiento cautelar", *en Cuadernos de Derecho Judicial: las medidas cautelares y los recursos*, núm. X, 2000, págs. 257-348.

VASCONCELOS VIANA, J., "Tutela de urgência e de evidência no NCPC", *Revista do Programa de Pos-Graduaçao en Direito da UFC*, vol. 35, núm. 2, págs. 215-225.

VÁZQUEZ MORAGA, Y. J., *La atenuación de la instrumentalidad de las medidas cautelares en las recientes legislaciones procesales*, Barcelona, 2007.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "La configuración de las medidas cautelares en el Anteproyecto de LEC", *Presente y futuro del proceso civil,* Dir.: PICÓ I JUNOY, J., Bosch, Barcelona, 1998, págs. 669-680.

--- "La construcción del proceso cautelar en el Derecho Procesal Civil español" *Justicia*, núm. 4, 1990, 809-853.

--- "Pautas metodológicas para elaborar un nuevo Código Procesal", *Justicia*, núm. IV, 1989, págs. 775-790.

WACH, A., *Manual de Derecho Procesal Civil,* vols. I y II, Trad. Banzhaf, EJEA, Buenos Aires, 1977.

--- *La pretensión de declaración,* Trad. Semón, EJEA, Buenos Aires, 1962.

--- *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana,* Trad. Krotoschin, EJEA, Buenos Aires, 1958.

ZANUTTIGH, L., "La tutela cautelar attipica", en *L'informazione e i diritti della persona,* Dir.: ALPA, G., Jovene, Napoli, 1983, págs. 273-282.

ZULEFATO, C., / NEGRAO, T. Z., "La instrumentalidad de las tutelas de urgencia en el derecho procesal brasileño contemporáneo"**,** *Sobre la tutela cautelar*, Coord.: PRIORI POSADA, G. Themis, Lima, 2015, págs. 23-37.

VV.AA., *El sistema de medidas cautelares,* Eunsa, Pamplona, 1974.