

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL JUICIO VERBAL

ANTONIO JOSÉ VÉLEZ TORO

Abogado y Doctor en Derecho

Profesor sustituto interino de la Universidad de Granada¹

RESUMEN: El presente estudio trata de modo pormenorizado la mecánica de las medidas cautelares en el proceso verbal a la luz de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así mismo, se presta atención a las particularidades de la tutela cautelar en los procesos verbales especiales.

Por último, se analiza el impacto que puede suponer sobre la propuesta de reforma contenida en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal, tanto por la situación en la que queda el juicio verbal, como por la irrupción de los llamados Medios Alternativos/Adecuados de Solución de Conflictos (MASC).

PALABRAS CLAVE: Juicio verbal. Medidas cautelares. Proceso civil. Reforma procesal. MASC.

SUMARIO: I. Introducción. II. Consideraciones generales. 1. Concepto y fundamento. 2. Naturaleza jurídica. 3. Características. III. Elementos objetivos y subjetivos. 1. Presupuestos. 1.1. La apariencia de buen derecho. 1.2. El peligro de mora procesal. 1.3. Prestación de fianza. 2. Jurisdicción y Competencia. 3. Partes. 3.1. Capacidad y legitimación. 3.2. Postulación y defensa. IV. Clases de medidas cautelares. V. Procedimiento general para la adopción de las medidas cautelares en el juicio verbal. 1. Solicitud cautelar. 2. Procedimiento contradictorio. 2.1. Admisibilidad y convocatoria. 2.2. Vista. 2.3. Resolución. 2.4. Ejecución de la medida cautelar. 3. Procedimiento sin audiencia de parte. 3.1. Solicitud y adopción. 3.2. Oposición a la medida cautelar. 3.3. Traslado de la oposición, vista y decisión. 3.4. Exacción de daños y perjuicios. VI. Modificación y alzamiento de las medidas cautelares. 1. Modificación de las medidas cautelares. 2. Alzamiento de la medida. VII. Caucción sustitutoria de las medidas cautelares. VIII. Medidas de aseguramiento inherentes a determinados juicios verbales especiales. IX. Las medidas cautelares según el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal. X. Conclusiones. Bibliografía.

PRECAUTIONARY MEASURES IN VERBAL TRIAL

ABSTRACT: This study deals in detail with the mechanics of precautionary measures in the verbal process in light of the current Civil Procedure Law. Likewise, attention is paid to the particularities of precautionary protection in special verbal processes. Finally, the impact that it may have on the reform proposal contained in the Procedural Efficiency Measures Bill is analyzed, both due to the situation in which the verbal trial remains, as well as the irruption of the so-called Alternative/Adequate Means. Conflict Resolution (MASC).

KEY WORDS: Verbal judgment. Precautionary measures. Civil process. Procedural reform. MASC.

SUMMARY: I. Introduction. II. General considerations. 1. Concept and foundation. 2. Legal nature. 3. Features. III. Objective and subjective elements. 1. Budgets. 1.1. The appearance of good right. 1.2. The danger of procedural default. 1.3. Provision of guarantee. 2 Jurisdiction and Competition. 3. Parties. 3.1. Capacity and legitimacy. 3.2. Application and defense. IV. Kinds of precautionary measures. V. General procedure for the adoption of precautionary measures in the verbal trial. 1. Precautionary request. 2. Contradictory procedure. 2.1. Admissibility and summons. 2.2. View. 2.3. Resolution. 2.4. Execution of the precautionary measure. 3. Procedure without a party hearing. 3.1. Application and adoption. 3.2. Opposition to the precautionary

¹ Grupo de Investigación SEJ-422 "Estudios Procesales" del Área de Derecho Procesal del Departamento de Derecho Procesal y Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Granada.

measure. 3.3. Transfer of the opposition, view and decision. 3.4. Levy of damages. SAW. Modification and lifting of precautionary measures. 1. Modification of precautionary measures. 2. Lifting of the measure. VII. Substitute security for precautionary measures. VIII. Assurance measures inherent to certain special verbal trials. IX. Precautionary measures according to the Procedural Efficiency Measures Bill. X. Conclusions. Bibliography.

I. INTRODUCCIÓN

Con arreglo al artículo 5 –*clases de tutela jurisdiccional*– de la LEC «se podrá pretender de los tribunales...la adopción de medidas cautelares» (apartado 1), siempre que el tribunal que deba acordarlas sea el competente y la petición se dirija frente a los sujetos a los que haya de afectar la decisión pretendida (apartado 2). Por tanto, la tutela cautelar es una clase de tutela jurisdiccional que se satisface con una resolución del tribunal en la que acuerda la adopción de una o varias medidas cautelares².

Cómo se verá, las medidas cautelares garantizan predominantemente la tutela declarativa (arts. 726.1 1ª LEC: «[han de] hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria»; 727 11ª LEC; 728.1 LEC: «[tratan de evitar] situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria»), pero eso no impide la existencia de medidas cautelares que garanticen la efectividad de la condena durante el proceso de ejecución (*v.gr.* art. 700 LEC). En este sentido, la STC 34/2010, de 19 de julio, dice que “la finalidad de las medidas cautelares no es otra que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal, en el que se resuelve la cuestión de fondo”.

De lo anterior resulta que la regulación de las medidas cautelares en la LEC (arts. 721 a 747) hace abstracción del proceso principal sobre el que deben ser implementadas, sin considerar la clase de juicio. De este modo, las disposiciones sobre las medidas cautelares contienen su propio procedimiento sin tomar en consideración la clase de proceso declarativo de que se trate. En definitiva, las medidas cautelares han de adaptarse a las distintas situaciones jurídicas materiales estrechamente vinculadas con el objeto del proceso principal, cualquiera que sea el proceso declarativo.

El juicio verbal es un tipo de proceso que admite, digámoslo así, distintas versiones: como juicio ordinario -por razón de la materia o por razón de la cuantía-, como juicio ordinario con algunas normas procesales especiales -juicio verbal ordinario con especialidades- y como juicio especial. En todos los casos el juicio verbal es un proceso plenario. Por otro lado, el legislador de la LEC ha entendido que el juicio verbal ha de ser el único modelo procedimental que sirva de cauce para los procesos sumarios. En este sentido, en la actual regulación del juicio verbal se contienen disposiciones específicas de los procesos sumarios que se aproximan a las medidas cautelares. Así, en el interdicto de adquirir (art. 441.1 LEC), en la suspensión de una obra nueva (art. 441.2 LEC), en la protección del titular registral (art. 441.3 LEC), en el proceso sobre incumplimiento del comprador de las obligaciones derivadas de los contratos inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y en los litigios sobre arrendamiento financiero o con reserva de dominio de dichos bienes (art. 441.4 LEC). No obstante, y siguiendo la doctrina más autorizada³, los mecanismos de tutela sumaria -propios de interdictos, desahucios y demás previstos en la LEC- que conllevan medidas anticipatorias de tutela, son distintos de las medidas cautelares, dado que no se exige prestación de fianza y su adopción no requiere ponderación.

² El régimen jurídico general de las medidas cautelares se encuentra en el Libro III de la LEC, *De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares*, que comprende los artículos 517 a 747, distribuidos en seis títulos siendo el último el único dedicado a las medidas cautelares. El Título VI, *De las medidas cautelares* (artículos 721 a 747) está dividido en cinco capítulos: el Capítulo I, *De las medidas cautelares: disposiciones generales*, comprende los arts. 721 a 729; el Capítulo II, *Del procedimiento para la adopción de las medidas cautelares*, contiene los arts. 730 a 738; el Capítulo III, *De la oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia del demandado*, los arts. 739 a 742; el Capítulo IV, *De la modificación y alzamiento de las medidas cautelares*, comprende los arts. 743 a 745; y, por último, los arts. 746 y 747 integran el Capítulo V, *De la caución sustitutoria de las medidas cautelares*.

³ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III Artículos 556 al 827, 1.ª ed., (1.ª reimpression), Barcelona, Iurium editores- Atelier, 2001, p. 3269, s.

A continuación, vamos a realizar un acercamiento al régimen general de las medidas cautelares tanto en el juicio verbal común, como en los juicios verbales especiales plenarios y sumarios, para determinar los posibles problemas que pudieran surgir en su aplicación.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Concepto y fundamento

El proceso cautelar [o precautorio] constituye una tutela intermedia entre la tutela declarativa y la tutela ejecutiva, cuyo objetivo es asegurar provisionalmente la efectividad de la resolución del proceso principal.

Para CARNELUTTI *“se llama cautelar el proceso cuando en vez de ser independiente, sirve para garantizar (establece una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)”*⁴.

CALAMANDREI precisa que la definición de las medidas cautelares no debe hacerse a partir de su cualidad (declarativa o ejecutiva), sino atendiendo al fin, que es la anticipación de los efectos de la resolución principal⁵.

Por su parte, para GIMENO SENDRA y MORENILLA ALLARD *“las medidas cautelares son, pues, medios o instrumentos legales de prevención de las contingencias que provocan las dilaciones del proceso solicitadas para asegurar la efectividad de la pretensión deducida para prevenir el evento de que, siendo estimada en la resolución judicial que pone fin al proceso, ésta pueda verse impedida o dificultada”*⁶.

En palabras de Díez-PICAZO GIMÉNEZ *“lo esencial para que una medida pueda ser considerada cautelar consiste en que sea exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente”*⁷.

Para ORTELLS RAMOS *“La tutela cautelar es la modalidad de una tutela judicial destinada a contrarrestar el riesgo de ineffectividad de la tutela que pueda ser concedida en el proceso de declaración, mediante una afectación de la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir aquel efecto”*⁸.

Así mismo, PICÓ Y JUNOY define la medida cautelar del siguiente modo: *“La medida cautelar es aquella resolución dirigida a evitar situaciones que puedan impedir o dificultar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”*⁹.

Dentro de la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, podemos citar la Sentencia de 26 de junio de 2009, que ha considerado las medidas cautelares como *«un proceso de facilitación cuya finalidad es remover los obstáculos que puedan oponerse a la eficacia de un proceso principal. En este sentido, el proceso cautelar se puede definir como aquél que tiene por objeto facilitar otro proceso principal garantizando la eficacia de sus resultados»*¹⁰.

La tutela cautelar es una actividad procesal autónoma que se tramita en pieza separada, cuyo objeto es asegurar la efectividad del pronunciamiento favorable que pueda recaer en el proceso principal. Así pues, la adopción de medidas cautelares se basa en el principio de que quién tiene derecho a la tutela judicial declarativa y ejecutiva, también debe tener derecho a que se le garantice la posibilidad de que pueda hacerse efectiva la sentencia que se dicte en lo que le resulte favorable o la ejecución forzosa de la prestación que se contiene en el título.

El fundamento más común y frecuente de la medida cautelar radica en el aseguramiento de la futura resolución finalizadora del proceso principal¹¹. La última *ratio* de la tutela cautelar está en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas¹². En efecto, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas solo se puede hacer efectivo adoptando medidas cautelares que posibiliten

⁴ CARNELUTTI, F., *Instituciones del Nuevo proceso civil italiano*, Barcelona, Bosch, 1942 (traducción y notas de Guasp, J.), p. 62.

⁵ CALAMANDREI, P., *Introducción al Estudio sistemático de las providencias cautelares*, Santiago de Chile, Ed. Olejnik, 2018, p. 137.

⁶ En GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, 4.ª ed., Madrid, UNED-Colex, 2012, p. 35.

⁷ En OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 1219.

⁸ En ORTELLS RAMOS, M., (Dir. y Coord.), *Derecho Procesal Civil*, 12.ª ed, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, p. 801.

⁹ PICÓ Y JUNOY, J., «Naturaleza y características de la tutela cautelar. Su aplicación en tiempos de crisis», en García Marrero, J. (Dir. y Coord.), *Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil*, 1ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 52.

¹⁰ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de junio de 2009, FJ 2º (SP/AUTRJ/469161).

¹¹ CHIOVENDA, J., *Principios de Derecho Procesal Civil*, T. I, 3.ª ed., Madrid, Reus, 2000 (traducción española al cuidado de Casais y Santaló, J.), p. 283, indicaba que *“la medida provisional responde a la necesidad efectiva y actual de remover el temor de un daño jurídico.”*

¹² En este sentido, ORBEZUA SOTO, I., en LLEDÓ YAGÜE, F., (Dir.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 668, s.; ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 802, s.

el cumplimiento de la futura resolución, deviniendo en el instrumento más efectivo para remediar la demora del proceso principal. Así lo manifestó en Tribunal Constitucional, en SSTC 14/1992, de 10 de febrero, y 238/1992, de 17 de diciembre, al indicar que «*la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso*» (FJ. 7º). En efecto, habida cuenta de que el proceso se desenvuelve en el tiempo, y que entre el inicio del proceso y su finalización pueden cambiar las circunstancias del demandado y, con ello, verse comprometido -cuando no frustrado- el cumplimiento de la resolución final, es por lo que se articulan las medidas cautelares como instrumento o remedio anticipado para evitar que pueda frustrar el cumplimiento de la ulterior resolución definitiva.

2. Naturaleza jurídica

La naturaleza de la tutela cautelar ha generado un debate doctrinal. Así, para GUASP y ARAGONESES el proceso cautelar “es un proceso de ejecución especial”¹³. Por el contrario, GIMENO SENDRA y MORENILLA ALLARD, a partir de la accesoriedad de la actividad cautelar del proceso declarativo, niegan la existencia de un “proceso cautelar autónomo” y concluyen que la naturaleza de la actividad cautelar está a caballo entre el proceso declarativo y el de ejecución¹⁴. CORTÉS DOMÍNGUEZ concibe las medidas cautelares como un derecho frente al Estado, para asegurar la plena efectividad de la futura sentencia durante el tiempo del procedimiento para obtenerla¹⁵. Por su parte, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, considera que son medidas cautelares las que sirven al aseguramiento de una eventual ejecución, así como cualquier medida que haga posible la efectividad de la tutela judicial, incluidas las medidas de anticipación o satisfacción provisional de la pretensión¹⁶. Finalmente, ORTELLS RAMOS define la tutela cautelar como “la modalidad de tutela judicial destinada a contrarrestar el riesgo de ineffectividad de la tutela que pueda ser concedida en el proceso de declaración, mediante una afectación de la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir aquel efecto”¹⁷.

Por último, el proceso cautelar se distingue del aseguramiento y anticipación de la prueba, así como de las diligencias preliminares y de la tutela sumaria, si bien dentro de los juicios verbales sumarios existen medidas cautelares específicas inherentes a tales juicios¹⁸.

La tutela sumaria es completamente autónoma y no depende de ningún otro proceso principal - a diferencia de las medidas cautelares-, siendo eficaces las resoluciones que ponen fin a dichos procesos sumarios -frente a la extinción de las medidas cautelares al concluir el proceso principal-. Cuestión distinta es que dentro de los procesos sumarios puedan existir medidas cautelares genéricas -a solicitar y adoptar en cualquier juicio verbal sumario- y específicas -en determinados procesos sumarios, tal como vienen preceptuadas en el art. 441 LEC-.

3. Características¹⁹

Las cualidades propias de las medidas cautelares pueden reconducirse a las siguientes:

- En primer lugar, son dispositivas. Las medidas cautelares se adoptan únicamente a instancia de parte, tal como preceptúa el art. 721 LEC (es decir, precisan ser solicitadas por las partes), estando vetado al tribunal adoptarlas de oficio como regla general, si bien el juzgador puede

¹³ GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, 6.ª ed., Tomo II, Madrid, Civitas, 2005, p. 727, s.

¹⁴ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, op. cit., p. 38.

¹⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 8.ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2015, p. 439.

¹⁶ DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I en OLIVA SANTOS, A., DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, 3.ª ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 388.

¹⁷ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, 12ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 801.

¹⁸ Véase, BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. J., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 23.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 708.

¹⁹ Véase, GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P., en GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, op. cit., p. 39, ss.; PÉREZ BORRAT, M. L., «Cap. I. El Juicio Verbal», en SOSPEDRA NAVAS, F. J., (Coord.), *Tratado Práctico del Proceso Civil*, 1.ª ed., T. II. Juicio Verbal y Recursos, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, p. 115, ss.; GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J., (Dir.), *Los Procesos Civiles*, Vol. 4, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 2010, p. 3135, ss.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., en OLIVA SANTOS, A., DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 1218, ss.; LORCA NAVARRETE, A. M., en LORCA NAVARRETE, A. M., (Dir.), GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 3810, ss., y 3838, ss.; GUTIÉRREZ BARRENGOIA, A., en TORIBIOS FUENTES, F., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1.ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 1361, ss.; SACRISTÁN REPRESA, G., en XIOL RÍOS, J. A., (Coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia*, T. III, Madrid, Sepín, 2008, p. 4194, ss.; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III Artículos 556 al 827, op. cit., p. 3260, ss.; BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. J., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., p. 707, ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, op. cit., p. 439, ss.

adoptar medidas cautelares de oficio en materia de discapacidad (art. 762.1 LEC), filiación (art. 768.1 LEC), así como sobre la custodia de hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares (art. 771.2 LEC).

- En segundo lugar, la instrumentalidad o accesoriedad. Las medidas cautelares dependen del proceso principal; en otras palabras, no existe medida cautelar sin proceso principal pendiente o que va a ser iniciado en breve plazo, siendo accesorias del mismo. Como regla general, su razón de ser se circunscribe exclusivamente a *“hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”* (art. 726.1.1.ª LEC).

- En tercer lugar, rige la proporcionalidad, con el correlato de la menor gravosidad, en el sentido de que la medida debe garantizar un resultado proporcional al que se pretende conseguir con el proceso principal en consonancia con el principio de ocasionar el menor daño posible al demandado [ser proporcional al aseguramiento del resultado del proceso principal (art. 726.1.2.ª LEC)].

- En cuarto lugar, rige la provisionalidad, dado que las medidas cautelares son provisionales y temporales (art. 726.2 LEC)²⁰.

- En quinto lugar, rige la variabilidad, ya que su adopción está condicionada y es susceptible de modificación y alzamiento (arts. 726.2 y 731.1 LEC).

Por último, otros autores han postulado como característica de las medidas cautelares el constituir un *“numerus apertus”*²¹, que han de ser homogéneas con las medidas ejecutivas²², o la discrecionalidad del Juzgador para su adopción²³.

III. ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS

A efectos expositivos trataremos como elementos objetivos los presupuestos de las medidas cautelares (peligro de mora, apariencia de buen derecho y prestación de fianza), y como elementos subjetivos los que hacen referencia al tribunal como son la jurisdicción y la competencia; y en relación con las partes, las capacidades y la legitimación.

1. Presupuestos²⁴

La adopción de las medidas cautelares precisa la triple concurrencia de: a) peligro de mora durante el proceso, b) la existencia de juicio indiciario favorable a la pretensión principal y, c) la consecuente prestación de fianza para responder de los posibles daños que se puedan irrogar. El Tribunal Constitucional en STC 148/1993, de 29 de abril, señaló -en el ámbito contencioso-administrativo, pero que resulta plenamente válido para el orden civil- los requisitos generales para la adopción de las medidas cautelares:

“Aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (periculum in mora) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (fumus boni iuris) y, de otro lado, valorar el perjuicio que para el

²⁰ Véase, GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J., (Dir.), *Los Procesos Civiles*, op. cit., p. 3150, ss.

²¹ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, op. cit., p. 41; GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., en TORIBIOS FUENTES, F., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 1363.

²² GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J., (Dir.), *Los Procesos Civiles*, op. cit., 2010, p. 3153.

²³ PÉREZ BORRAT, M. L., «Cap. I. El Juicio Verbal», op. cit., p. 116.

²⁴ Véase, GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P., en GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, op. cit., p. 41, ss.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, 2005, op.cit., p. 392, ss.; ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 807, ss.; GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J., (Dir.), *Los Procesos Civiles*, op. cit., p. 3099, ss.; PÉREZ BORRAT, M. L., «Cap. I. El Juicio Verbal», en SOSPENDRA NAVAS, F. J., (Coord.), *Tratado Práctico del Proceso Civil*, T. II, op. cit., p. 117, ss.; LORCA NAVARRETE, A. M., en LORCA NAVARRETE, A. M., (Dir.), GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, op. cit., p. 3850, ss.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., en OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 1230, ss.; GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., en TORIBIOS FUENTES, F., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 1367, ss.; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III Artículos 556 al 827, op. cit., p. 3293, ss.; FERNÁNDEZ GIL, C., *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, Madrid, Tecnos, 2010, p. 1429, ss.; ORBEZUA SOTO, I., en LLEDO YAGÜE, F., (Dir.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 675; SACRISTÁN REPRESA, G., en XIOL RÍOS, J. A., (Coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia*, T. III, op. cit., p. 4213, ss.; BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. J., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., p. 709, ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, op. cit., p. 449, ss.

interés general, (en este caso, asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales) acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada” (F. J. 5º).

Los presupuestos concurrentes y necesarios para la adopción de las medidas cautelares son los que siguen:

1.1. La apariencia de buen derecho

La *apariciencia de buen derecho* (“Fumus boni iuris”) viene determinada por un *juicio provisional e indiciario favorable* al fundamento de la pretensión. Ello quiere decir que el solicitante de la medida cautelar debe acreditar “prima facie” que su pretensión tiene cierta apariencia fáctica y jurídica. Para ello, el propio art. 728.2 LEC, establece la obligación de acompañar la petición de justificación documental, así como de ofrecer cualesquiera otros medios de prueba en el propio escrito inicial. Es decir, el juicio provisional favorable a la pretensión conlleva una valoración razonada de la fundamentación jurídica y fáctica de la pretensión principal y de la concreta medida solicitada²⁵.

Para el TS la “apariciencia de buen derecho” para el otorgamiento de la medida cautelar “*supone que se presenten por el solicitante datos, argumentos y justificaciones documentales, o por otros medios, que permitan fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión; y aún cuando la apreciación no debe equipararse a un prejuicio del asunto, como explícitamente señala el art. 728.2, sí es preciso que tenga la entidad de un juicio de probabilidad cualificada*” (ATS de 16 de mayo de 2008²⁶). Es decir, la apariencia de buen derecho conlleva verosimilitud y probabilidad cualificada, lo que equivale a la probabilidad razonable²⁷. Dicha doctrina es reitera por el ATS de 26 de junio de 2008²⁸, la STS de 22 de abril de 2013²⁹ y el ATS de 26 de mayo de 2020³⁰.

1.2. El peligro de mora procesal

El *peligro de mora procesal* (“periculum in mora”) viene recogido en el art. 728.1 LEC bajo los siguientes parámetros: 1º) Existencia de riesgo para impedir o dificultar la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia favorable. 2º) Dicho riesgo debe ser probado por el solicitante de la medida. 3º) Así mismo, como cláusula de cierre, se descarta la existencia de mora procesal cuando se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el demandante.

ORTELLS RAMOS define el *periculum in mora* como “el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal, riesgo que puede surgir con ocasión de la necesaria dilación temporal para la emisión de la sentencia que conceda aquella tutela”³¹.

Para ORELLANA CANO “el *periculum in mora* pretende evitar los riesgos que la demora en la tramitación del proceso puede ocasionar a la tutela efectiva de los derechos pretendida”³².

Por su parte, PÉREZ DAUDÍ distingue entre el peligro de mora objetivo y subjetivo, identificando el *periculum in mora* objetivo como aquel riesgo derivado del mero transcurso del tiempo durante el desarrollo del proceso principal, mientras que el *periculum in mora* subjetivo se refiere a la conducta activa que el demandado pueda desarrollar desde que recibe la demanda hasta la resolución final del proceso declarativo, con la finalidad de eludir las consecuencias del eventual fallo condenatorio³³.

El TC determina que “*la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso*” (STC 14/1992, de 10 de febrero).

1.3. La caución³⁴

²⁵ Cfr., GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J., (Dir.), *Los Procesos Civiles*, Vol. 4, op. cit., p. 3111, propone para mejorar la imparcialidad que no sea el mismo órgano judicial el que se pronuncie sobre las medidas cautelares y sobre el fondo. Véase, EM XVIII de la LEC, los cuatro últimos párrafos.

²⁶ Roj: ATS 6421/2008.

²⁷ SANJUAN Y MUÑOZ, E., «Apariciencia de buen derecho», en GARCÍA Marrero, J. (Dir. y Coord.), *Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil*, 1ª ed., Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2021, p. 95, s.

²⁸ Roj: ATS 5324/2008.

²⁹ Roj: STS 3120/2013.

³⁰ Roj: ATS 2971/2020.

³¹ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 807.

³² ORELLANA CANO, N., «Peligro por retraso», en GARCÍA MARRERO, J. (Dir. y Coord.), *Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil*, 1ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, p. 127.

³³ PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 90, s.

³⁴ Véase, LÓPEZ YAGÜES, V., «Presupuestos y requisitos exigidos para la adopción de medidas cautelares civiles», *Práctica de Tribunales*, Nº 123, Sección Tribuna Libre, noviembre-diciembre 2016, s/p.; MARTÍNEZ DE SANTOS, A., «La caución y fianza en la adopción de medidas cautelares en el proceso civil», *Práctica de Tribunales*, Nº 158, septiembre 2022, pp. 1-11.

Por último, *la caución* que es una garantía prestada por el solicitante de la medida cautelar con la que asume su responsabilidad si eventualmente se ocasionan daños y perjuicios al demandado con la ejecución de la medida (arts. 728.3 y 732.3 LEC)³⁵.

El solicitante ha de ofrecer caución, concretando el tipo que propone y su cuantificación, pero es el tribunal quien debe determinarla definitivamente atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice sobre el fundamento de la medida que se ha solicitado. No obstante, el tribunal puede dispensarla en los procedimientos de juicio verbal en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de intereses colectivos y de intereses difusos de consumidores y usuarios, según dispone el párrafo cuarto del art. 728.3 en relación con el art. 250.1.12º, ambos de la LEC³⁶, ponderando los distintos factores e intereses concurrentes.

La caución podrá prestarse en cualquiera de las formas previstas en el art. 529.3 LEC; a saber, mediante dinero efectivo, aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata efectividad de la cantidad de que se trate.

Las únicas excepciones a la exigencia de caución para adoptar las medidas cautelares,³⁷ vienen constituidas por:

- El juicio verbal especial en el que se ejercite *la acción de cesación en defensa de intereses colectivos y de intereses difusos de consumidores y usuarios* (ex-art. 250.1.12º LEC). En este procedimiento, el Tribunal podrá dispensar de la obligación de caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados.

- Y, de otro, los juicios verbales cuyo objeto sean los procesos especiales sobre filiación, paternidad y maternidad (ex-art. 768.3 LEC), así como los procesos matrimoniales y de menores, en todos los cuales la adopción de medidas cautelares específicas se tramita y adopta sin caución³⁸.

2. Jurisdicción y competencia

Con carácter general, la jurisdicción de los tribunales se extiende al conocimiento de las medidas cautelares, cuando tengan jurisdicción para conocer del asunto principal, atribuyendo la competencia al órgano jurisdiccional que conozca de la primera instancia, por virtud del art. 723.1 LEC³⁹. Cuando la medida cautelar se solicite durante la sustanciación de la segunda instancia o recurso extraordinario, será competente el tribunal ante el que se sustancie, por disposición del art. 723.2 LEC⁴⁰.

Asimismo, los tribunales españoles también tienen jurisdicción para adoptar y ejecutar medidas cautelares “respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España” (art. 22.sexies LOPJ), siempre que el objeto del proceso principal del que conoce un tribunal de otro Estado no corresponda en exclusiva a los tribunales civiles españoles (arts. 22 LOPJ y 722 II LEC).

³⁵ Sobre el carácter resarcitorio de la caución, véase, PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, op. cit., p. 123, ss.

³⁶ El párrafo tercero del apartado 3 del art. 728 de la LEC fue introducido -al igual que el punto 12.º al apartado 1 del artículo 250- por la *Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*. Y se motiva dicha reforma en la propia EM (apartado II) indicando que «*la presente Ley regula la acción de cesación, de forma que se constituya en un instrumento efectivo para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, con las características jurídicas y el ámbito de aplicación señalados por la Directiva comunitaria 98/27/CE. Para conseguir este objetivo, la Ley modifica varios cuerpos legales preexistentes*». Añadiendo que se modifica la LEC «*para hacer no sólo posible, sino también eficaz el ejercicio de dicha acción [de cesación], contemplando aspectos tan esenciales como la exención del deber de prestar caución o la imposición de multas coercitivas disuasorias*».

³⁷ Sobre las medidas de aseguramiento inherentes a determinados juicios verbales especiales y recogidas en el art. 441 LEC, véase, *infra*.

³⁸ En este sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J., (Dir.), *Los Procesos Civiles*, op. cit., p. 3127, s.

³⁹ Véase, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, 2005, op.cit., p. 397, s.; GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P., en GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, op. cit., p. 55, ss.; PÉREZ BORRAT, M. L., «Cap. I. El Juicio Verbal», en SOSPENDE NAVAS, F. J., (Coord.), *Tratado Práctico del Proceso Civil*, T. II, op. cit., p. 120, s.; GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J., (Dir.), *Los Procesos Civiles*, op. cit., p. 3136, ss.; BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. J., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., p. 706; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, op. cit., p. 455.

⁴⁰ Remitimos a lo expuesto sobre la limitación del acceso al recurso de apelación del juicio verbal.

En el marco del Derecho de la Unión Europea, junto a otros reglamentos de la Unión⁴¹, el artículo 35 del Reglamento (UE) N° 1215/2012, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil –en vigor desde el 10 de enero de 2015- (DOUE L 351 de 20.12.2012), contiene la norma original reproducida por la LOPJ y la LEC: “Podrán solicitarse a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de dicho Estado miembro, incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto”. En este último supuesto, el auto que acuerde la medida cautelar no participa de la garantía de la libre circulación de resoluciones judiciales: «Cuando las medidas provisionales y cautelares sean ordenadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no es competente en cuanto al fondo del asunto, su efecto debe circunscribirse, en virtud del presente Reglamento, al territorio de ese Estado miembro».

Por otro lado, las medidas cautelares que se soliciten previamente a la demanda, deberán ser formuladas ante el órgano que tenga competencia objetiva y territorial, pudiendo el tribunal, de oficio, abstenerse por entender que carece de competencia, previa audiencia al Ministerio Fiscal y al solicitante de la medida (art. 725.1 LEC)⁴². El tribunal no declinará la competencia territorial cuando el fuero legal sea dispositivo y las partes se hubiesen sometido expresamente a su jurisdicción para el asunto principal.

Por último, el tribunal que se considere territorialmente incompetente, podrá ordenar las medidas cautelares que estime más urgentes, remitiendo los autos al tribunal que considere competente (art. 725.2 LEC).

3. Partes

3.1. Capacidad y legitimación

En cuanto a capacidad y legitimación no existe ninguna particularidad respecto al proceso principal⁴³.

Las medidas cautelares únicamente se adoptarán a instancia de parte, proscribiendo la adopción de oficio (art. 721 LEC)⁴⁴, salvo en determinados procesos especiales, entre los que se encuentran los juicios verbales para la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad (art. 762 LEC) y filiación (art. 768 LEC)⁴⁵. En estos juicios verbales las medidas cautelares pueden ser solicitadas por el Ministerio Fiscal.

La legitimación activa la ostentará el actor o el demandado reconveniente que interese la medida cautelar, mientras que la legitimación pasiva la ostentará el demandado o el actor reconvenido contra el que se dirija la petición cautelar, en virtud de lo preceptuado por el art. 721.1 LEC. Igualmente, en los procesos verbales de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, al ostentar legitimación activa tanto las asociaciones de consumidores y usuarios como el Ministerio Fiscal, podrán solicitar la adopción de las medidas cautelares, al amparo del art. 11 de la LEC.

⁴¹ En este punto, resulta de gran importancia para los juicios verbales especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores las medidas provisionales y cautelares previstas por el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (art. 20).

⁴² Cfr., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, 2005, op.cit., p. 398, así como FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III Artículos 556 al 827, op. cit., p. 3258, s., y GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., en TORIBIOS FUENTES, F., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 1359, entienden que no cabe formular declinatoria por falta de competencia territorial. En contra, PÉREZ BONAT, M. L., «Cap. I. El Juicio Verbal», op. cit., p. 120, s., pues entiende que la declinatoria es extensible a la falta de competencia territorial en medidas cautelares previas a la demanda principal, al ser la competencia territorial un presupuesto procesal de orden público. Por su parte, GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J., (Dir.), *Los Procesos Civiles*, op. cit., 2010, p. 3141, considera que el tribunal puede examinar de oficio su propia competencia objetiva y territorial.

⁴³ Véase, GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., Tomo II, p. 731, ss.; BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. J., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., p. 706, s.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, op. cit., p. 455.

⁴⁴ Véase, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, 2005, op.cit., p. 396, que extiende el principio de disponibilidad de las partes en materia de medidas cautelares a las actuaciones de suspensión, renuncia, desistimiento, allanamiento.

⁴⁵ Cfr., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, op. cit., p. 442, considera falsas medidas cautelares, entre otras, las medidas provisionales en los procesos matrimoniales del art. 771 LEC, así como las relativas a filiación y de apoyo a las personas con discapacidad contenidas en los arts. 762 y 768.1 de la LEC.

La legitimación para ejercer la acción de cesación para la defensa de intereses difusos relativos a la defensa del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, se extiende también a los organismos públicos y sindicatos más representativos y, por tanto, para instar la adopción de las medidas cautelares inherentes a dicho proceso (ex art. 11 bis LEC).

Así mismo, podrán intervenir terceros que no tengan la cualidad de partes en el proceso principal siempre que ostenten un interés legítimo que pueda resultar afectado por la adopción de la medida cautelar, en virtud del art. 13 LEC, así como de los arts. 729, 538.2.3º, 595 y 596.1 de la LEC.

3.2. Postulación y Defensa

En cuanto a la representación mediante procurador y la defensa técnica mediante abogado, hay que precisar lo que sigue:

- Para aquellas medidas urgentes que se insten antes de la interposición de la demanda principal, no se precisará intervención de abogado ni de procurador, cualquiera que sea la cuantía (arts. 31.2.3º y 23.1.3º, ambos de la LEC)⁴⁶.

- Sin embargo, cuando la petición cautelar se formule con la demanda la intervención de abogado y procurador únicamente no será preceptiva en los juicios verbales que no superen la cuantía de 2000 euros (por disponerlo así, respectivamente, los arts. 31.2.1º y 23.2.1º de la LEC)⁴⁷.

IV. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

Respecto a las medidas cautelares concretas aplicables al juicio verbal hay que distinguir tres tipologías:

a) De un lado, la mayoría de las medidas cautelares específicas proclamadas en el art. 727 LEC son aplicables al juicio verbal, salvo algunas excepciones.

b) De otro lado, nada impide la posibilidad de instar medidas cautelares genéricas que sean congruentes con la pretensión principal⁴⁸. Así lo dispone el art. 726.2 LEC a las medidas consistentes en “órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso”. El art. 727.11ª LEC, por su parte, remite a las medidas cautelares contenidas en legislación especial, “o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial”⁴⁹.

c) Y, por último, existe un conjunto de medidas cautelares específicas para los juicios verbales especiales, que serán objeto de tratamiento más adelante.

Las medidas cautelares específicas del art. 727 LEC plenamente aplicables al juicio verbal son las siguientes:

- El embargo preventivo (art. 727.1ª LEC), que tiende a garantizar la ejecución de la futura sentencia, evitando que desaparezcan bienes y derechos del demandado. Es la medida por excelencia para las pretensiones de condena.

- La intervención o la administración judiciales de bienes productivos (art. 727.2ª LEC), si bien la dificultad práctica radica en que los costes de la Administración Judicial de por sí chocan con la limitación de la cuantía propia del juicio verbal.

- El depósito de cosa mueble (art. 727.3ª LEC) resulta muy adecuado para las pretensiones de entrega de cosa cierta que se encuentre en poder del demandado.

- El inventario de bienes en las condiciones que disponga el tribunal (art. 727.4ª LEC).

- La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos (art. 727.5ª LEC). Resulta aplicable en relación a los juicios

⁴⁶ Véase, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, 2005, op.cit., p. 398, s.; BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. J., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., p. 706, s.

⁴⁷ Véase, GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P., en GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, op. cit., p. 57.

⁴⁸ En este sentido, véase, GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P., en GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, op. cit., p. 46.; BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. J., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., p. 712 y 717, s.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, op. cit., p. 443, ss.

⁴⁹ Apartado muy criticado por innecesario. Cfr., LORCA NAVARRETE, A. M., en LORCA NAVARRETE, A. M., (Dir.), GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, op. cit., p. 3848; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., en OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 1229; ORBEZUA SOTO, I., en LLEDO YAGÜE, F., (Dir.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 674; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III Artículos 556 al 827, op. cit., p. 3272; SACRISTÁN REPRESA, G., en XIOL RÍOS, J. A., (Coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia*, T. III, op. cit., p. 4202, ss.

verbales que versen sobre reclamaciones de bienes inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (ex-art. 441.4 ELC), y sobre arrendamiento financiero o con reserva de dominio de bienes inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (ex-art. 441.4 ELC). Por el contrario, la anotación preventiva de demanda relativa a afectación de derechos reales inmobiliarios en el Registro de la Propiedad resulta de muy difícil aplicación en el juicio verbal.

- Otras anotaciones registrales, en los casos en que la publicidad registral sea útil a la ejecución (art. 727.6.^a ELC), al objeto de impedir aducir la buena fe por parte de terceros.

- La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad, o de abstenerse de llevar a cabo una conducta, así como la prohibición temporal de interrumpir o cesar una prestación que se viniera llevando a cabo (art. 727.7.^a ELC), resulta particularmente idónea en el juicio verbal que tenga por objeto la “acción de cesación”, en defensa de intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios del art. 250.1.12^o ELC.

- La consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual (art. 727.8^a ELC), es aplicable en aquellos juicios verbales de reclamación de cantidad (ex-art. 249.1.4^o ELC). En los demás casos, no resulta apropiado lo dispuesto en los apartados 8 y 9 del art. 727 ELC, habida cuenta de la exclusión del juicio verbal en materia de competencia desleal, defensa de la competencia, propiedades industrial e intelectual, así como en publicidad.

- La entrega inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente constituye la medida cautelar sobre la que gira el nuevo juicio verbal posesorio adicionado al art. 250.1.4^o ELC, tal y como recoge el art. 441.bis 1.II de la misma.

Así pues, existen medidas cautelares aplicables al juicio verbal y medidas proscritas (v.gr., la suspensión de acuerdos societarios), lo que no resta dificultad para implementar en la práctica buena parte de las medidas cautelares contenidas en el art. 727 ELC, bien por razones económicas, bien por razones técnicas.

V. PROCEDIMIENTO GENERAL PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL JUICIO VERBAL

La regulación de las medidas cautelares en la actual ELC supone un avance respecto de la contenida en la anterior ELC⁵⁰. No obstante, las disposiciones sobre la tutela cautelar incurrir de defectos técnicos-legislativos, por cuanto se encuentran dispersas en el articulado de la ELC. Así, el Capítulo II (Del procedimiento para la adopción de medidas cautelares) contiene el procedimiento contradictorio, pero el art. 733.2 se refiere a las medidas urgentes, que tienen su continuación en el Capítulo III; es decir, el tratamiento de las medidas urgentes se encuentra inserto en el artículo inicial del capítulo precedente. Igualmente, el Capítulo II, relativo al procedimiento contradictorio, contiene disposiciones generales, cual es el caso del momento para solicitar las medidas (art. 730), la accesoriadad de las medidas cautelares (art. 731), solicitud (art. 732). Igual ocurre con el art. 737, relativo a la prestación de caución y el art. 738, sobre ejecución de la medida, artículos aplicables tanto al procedimiento contradictorio como al proceso urgente.

Por último, indicar que existe un procedimiento único para la adopción de las medidas cautelares, tanto para el juicio ordinario, como para el juicio verbal, sin perjuicio de la no idoneidad de determinadas medidas concretas y que determinados juicios verbales especiales incorporan medidas propias o específicas.

1. Solicitud cautelar

- La medida cautelar se solicita en general con la demanda (art. 730.1 ELC)⁵¹. La petición debe formular con claridad y precisión la medida cautelar solicitada, justificar el cumplimiento de los requisitos, proponer prueba y aportar los documentos en que se apoye la pretensión (art. 732.1 y 2 ELC). Así mismo, debe hacerse ofrecimiento de prestación de caución, especificando el importe y el modo de constituirla (art. 732.3 ELC)⁵².

⁵⁰ En este sentido, véase, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., en OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1.^a ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 1209.

⁵¹ Véase, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, 2005, op.cit., p. 404, s.; PÉREZ BORRAT, M. L., «Cap. I. El Juicio Verbal», en SOSPEDRA NAVAS, F. J., (Coord.), *Tratado Práctico del Proceso Civil*, T. II, op. cit., p. 122, ss.; BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. J., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., p. 722, s.

⁵² PICO I JUNOY, J., «Naturaleza y características de la tutela cautelar. Su aplicación en tiempo de crisis», en GARCÍA MARRERO, J. (Dir.), *Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil*, op. cit., p. 60, s.

Por otra parte, y de modo excepcional, podrá formularse solicitud de tutela cautelar en los siguientes casos:

- Antes de la demanda principal, acreditando urgencia o necesidad (art. 730.2 LEC). En este caso, se precisa, además de lo expuesto anteriormente, la interposición de la demanda principal ante el mismo Juzgado que conozca de la pieza cautelar en el plazo de veinte días siguientes a la adopción de las medidas. Si no se interpone la demanda principal en tal plazo, se dejan sin efecto las medidas adoptadas, condenando al solicitante en costas, así como por los daños y perjuicios que cause al sujeto respecto del cual se hubiesen adoptado las medidas (art. 730.2 LEC).

- Con posterioridad a la demanda o pendiente un recurso, en base a hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos (art. 730.4 LEC).

Con la solicitud de medida cautelar precluye la posibilidad de proponer prueba (art. 732.2 LEC)⁵³. Si la solicitud de medida cautelar adolece de algún requisito insubsanable debe inadmitirse mediante Auto, conforme al art. 206.1.2ª LEC⁵⁴.

2. Procedimiento contradictorio

El procedimiento común comporta para su adopción la previa audiencia al demandado⁵⁵, para lo que se convoca a las partes a una vista⁵⁶.

El derecho a la tutela jurisdiccional del demandado conlleva observar los principios de igualdad de armas, contradicción, audiencia e intermediación, los cuales conforman el derecho de defensa que debe asistir a todas las partes del proceso cautelar⁵⁷. Este será el procedimiento general y ordinario para la adopción de las medidas cautelares, aunque la LEC posibilita la adopción de medidas cautelares sin audiencia del demandado de modo muy excepcional y por razones de urgencia, tal y como veremos.

2.1. Admisibilidad y convocatoria de las partes

Salvo inadmisión por no reunir los requisitos, una vez recibida la solicitud, el Letrado de la Administración de Justicia, mediante diligencia, convocará a las partes a una vista que se celebrará dentro de los diez días siguientes, sin necesidad de observar el orden de asuntos pendientes (art. 734.1 LEC). No obstante, debe darse traslado al demandado de la solicitud de medida cautelar con una antelación mínima de cinco días al señalamiento de la propia vista, para evitar indefensión.

Con independencia de lo anterior, y para el supuesto de solicitudes de medidas urgentes, si el tribunal considera que no existe urgencia, procederá a convocar a las partes a la audiencia contradictoria, sin posibilidad de recurso⁵⁸.

2.2. Vista

La vista para la adopción de las medidas cautelares consta de una fase de alegaciones y otra de prueba, a la que puede seguir de modo facultativo una tercera fase de conclusiones, siguiendo la estructura del art. 185 de la LEC.

La fase de alegaciones comportará la ratificación de las alegaciones contenidas en la solicitud por la parte actora, a la que podrá adicionar hechos nuevos o de nueva noticia, mientras que la

⁵³ Para una crítica sobre la preclusión de la prueba, véase, GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J., (Dir.), *Los Procesos Civiles*, op. cit., p. 3168.

⁵⁴ En este sentido, véase, GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P., en GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, op. cit., p. 61.

⁵⁵ Cfr., ESCALER BASCOMPTE, R., *Medidas cautelares y ejecución (¿Cómo aplicar con eficacia soluciones homogéneas?)*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 190.

⁵⁶ La STC 174/2009, de 16 de julio, declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la defensa y asistencia letrada (art. 24.2 CE) por haberse celebrado la vista de medidas cautelares sin la comparecencia del demandado, al estar pendiente la designación de profesionales del turno de oficio, con la consiguiente anulación de las resoluciones (FJ 4º).

⁵⁷ En este sentido, véase, VELERIO COUTO, E., «El procedimiento de las medidas cautelares: solicitud, audiencia y celebración de la vista», en García Marrero, J. (Dir. y Coord.), *Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil*, 1ª ed., Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2021, p. 194, s.

⁵⁸ Véase, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, 2005, op.cit., p. 407; VALLS GOMBAU, J. F., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III Artículos 556 al 827, op. cit., p. 3334; GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P., en GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, op. cit., p. 62.

parte demandada si podrá exponer lo que convenga a su derecho sobre el cumplimiento de los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares⁵⁹.

Igualmente, el Tribunal pedirá a las partes que formulen alegaciones sobre el tipo y cuantía de la caución, pudiendo la parte demandada ofrecer caución sustitutoria de la medida cautelar (art. 734.2 LEC).

A continuación, se desarrollará la *fase de prueba*, en la que la parte demandante únicamente podrá ratificar la proposición de prueba instada con la solicitud⁶⁰, si bien podrá adicionar los nuevos hechos acontecidos con posterioridad. Para la parte demandada, será el momento para la proposición y practica de prueba, previa declaración de pertinencia.

En todo caso, la prueba que no pueda practicarse en el acto -incluido el reconocimiento judicial- se desarrollará en un plazo máximo de cinco días (art. 734.2 LEC).

Por último, las resoluciones del tribunal sobre el desarrollo de la comparecencia y la prueba propuesta no admiten recurso alguno, sin perjuicio de que, previa oportuna protesta, puedan alegarse en el recurso contra el auto que resuelva sobre las medidas cautelares (art. 734.3 LEC).

En relación a que la vista sobre medidas cautelares disponga de fase de conclusiones, hay que señalar que el art. 734 LEC no prevé dicha posibilidad, por lo que aplicar la previsión del art. 185 LEC -que si prevé tal trámite- será opcional para el tribunal de instancia⁶¹.

Consideramos que hay que estar a la disposición específica del art. 734 LEC, que únicamente prevé para la audiencia de medidas cautelares las fases de alegaciones y de prueba, tal y como ha señalado el APP Barcelona de 14 de julio de 2004.

Resulta innegable el paralelismo existente entre el juicio verbal y la vista de medidas cautelares, por cuanto ambas audiencias públicas son bifásicas (alegaciones y prueba), así como por la proscripción de cualquier recurso contra las decisiones adoptadas en el curso de ambas vistas.

2.3. Resolución

Tras la vista, el tribunal dictará auto en el plazo de cinco días otorgando o denegando las medidas cautelares.

El tribunal otorgará la medida cautelar si estima que concurren todos los requisitos y considere acreditada la existencia de apariencia de buen derecho y peligro de mora procesal, fijando con precisión la medida cautelar, así como el tipo de caución, su cuantía y su duración (art. 735.2 LEC). En otro caso, denegará la medida cautelar.

En cuanto a las costas, se impone el vencimiento, aunque el tribunal podrá dispensar de las mismas, de acuerdo con el art. 494 LEC.

Contra el auto que acuerde o deniegue las medidas cautelares, cabe recurso de apelación (art. 735.2 y 736.1 LEC).

En este punto, debemos precisar que en sede cautelar no existe restricción alguna por razón de cuantía para recurrir en apelación. Por contra, el acceso al recurso de apelación contra las sentencias dictadas en juicios verbales está limitado a aquellos que superen la cuantía de 3.000 euros, por disposición expresa del art. 455.1 LEC.

La denegación de las medidas cautelares no impide que el actor reitere su solicitud si cambian las circunstancias (art. 736.2 LEC).

2.4. Ejecución de la medida cautelar

Una vez acordada la medida cautelar y prestada la caución, se procederá de oficio a su inmediato cumplimiento, utilizando los medios necesarios, incluso los previstos para la ejecución de las sentencias (738.1 LEC)⁶². Para ello el auto que acuerde la medida cautelar debe fijar con

⁵⁹ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, 2005, op.cit., p. 407, s.; GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., Tomo II, p. 738; GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P., en GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, op. cit., p. 63, s.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, op. cit., p. 457; BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. J., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., p. 724.

⁶⁰ El AAP Granada de 30 de junio de 2017 interpreta el art. 734.2 de la LEC de tal modo que "permitiría al actor proponer en la vista otras pruebas secundarias dirigidas a justificar la concurrencia de los requisitos necesarios para decretar las medidas, así como hacer las manifestaciones pertinentes en orden a la procedencia de las medidas que solicita" (Roj: AAP GR 1083/2017).

⁶¹ En este sentido, MARTÍNEZ DEL TORO, S., «Características y desarrollo de una vista de medidas cautelares del art. 734 LEC», *Práctica de Tribunales*, Nº 158, septiembre de 2022, p. 13.

⁶² Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, 2005, op.cit., p. 408, s.; GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., Tomo II, p. 738, s.; PÉREZ BORRAT, M. L., «Cap. I. El Juicio Verbal», en SOSPEDRA NAVAS, F. J.,

precisión la misma, así como la caución que debe prestar el solicitante con carácter previo a la ejecución de la medida.

3. Procedimiento sin audiencia de parte

3.1. Solicitud y adopción

Cuando el demandante solicite la adopción inmediata de medida cautelar y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar⁶³, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días. Así lo ha señalado recientemente el ATS, Sala de lo Civil de 26 de mayo de 2020⁶⁴ en relación a una anotación preventiva de demanda sobre un bien inmueble:

“La adopción de la medida solicitada inaudita parte se justifica por la necesidad de garantizar con carácter urgente la publicidad de la demanda, puesto que la vivienda ya ha sido puesta a la venta, y concurren, además, elementos adicionales que impiden la celebración de la vista en un plazo razonable, teniendo en cuenta que los demandados, de nacionalidad francesa, pueden encontrarse fuera del territorio nacional y las circunstancias del estado de alarma declarado por el RD 463/2020, de 1 de marzo.

En aplicación del art. 739 LEC, los demandados podrán formular oposición a la medida en el plazo de veinte días, cumpliéndose así la doctrina de la contracción diferida elaborada por el Tribunal Constitucional (STC 218/1994, de 18 de julio y 37/2003, de 25 de febrero) y los presupuestos exigidos por la Dirección General de los Registros y del notariado (en la actualidad, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), entre otras, en la Resolución de 10 de mayo de 2019” (FJ 4º).

El auto que otorgue la medida cautelar sin audiencia debe razonar que concurren los requisitos de apariencia de buen derecho y peligro de mora procesal, así como las razones específicas que han aconsejado su adopción sin oír al demandado (art. 733.2 LEC)⁶⁵.

3.2. Oposición a la medida cautelar

Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado, no cabe recurso (art. 733.2 LEC), pero una vez notificado al demandado, éste podrá formular oposición mediante escrito en el plazo de veinte días (art. 739 LEC). La oposición a la medida cautelar podrá basarse en cuantos hechos y razones se estimen frente a la procedencia, requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias de la medida o medidas acordadas, sin limitación alguna. Igualmente, podrá ofrecerse caución sustitutoria (art. 740 LEC).

3.3. Traslado de la oposición, vista y decisión

El Letrado de la Administración de Justicia dará traslado al solicitante del escrito de oposición, procediéndose a convocar vista en las mismas condiciones que para la vista contradictoria; es decir, dentro del plazo de diez días siguientes, debiendo quedar emplazada para la vista la parte solicitante con cinco días, con sus respectivas fases de alegaciones y prueba, tal como preceptúa el art. 734 al que remite el art. 741.1, ambos de la LEC.

Celebrada la vista, el tribunal, en el plazo de cinco días, decidirá mediante auto mantener las medidas cautelares o alzarlas. Si acuerda el mantenimiento de las medidas cautelares, condenará en costas al opositor. Y si acuerda alzar las medidas cautelares adoptadas, condenará al actor a las costas y al pago de los daños y perjuicios que hubiere conllevado la adopción (art. 741.2 LEC). En ambos casos, el auto que decida sobre la oposición será apelable sin efecto suspensivo (art. 741.3 LEC).

(Coord.), *Tratado Práctico del Proceso Civil*, T. II, op. cit., p. 129; BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. J., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., p. 727, s.; GARCÍA GÓMEZ, B.; CABRERA, G., «Ejecución de las medidas cautelares. Recurso en materia de medidas cautelares», en GARCÍA MARRERO, J. (Dir. y Coord.), *Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil*, 1ª ed., Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2021, p. 225, ss.

⁶³ PÉREZ CEBADERA, M. A., «Las medidas cautelares inaudita parte. Requisitos concurrentes para acreditar el periculum in mora», *Práctica de Tribunales*, Nº 102, Sec. Tribuna Libre, mayo-junio 2013, pp. 1-9; AZNAR DOMINGO, A.; DÍAZ ALEJANO, B.; PAZ GARCÍA, R. A., «Las medidas cautelares “inaudita parte”», *Práctica de Tribunales*, Nº 143, Sec. Estudios, marzo-abril 2020, pp. 1-20; MAGRO SERVET, V., «La oportunidad y ventajas de las medidas cautelares inaudita parte. Sus requisitos», *Práctica de Tribunales*, Nº 158, Sec. Práctica procesal, septiembre 2002, pp. 1-6.

⁶⁴ JUR\2020\164734.

⁶⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, 2005, op. cit., p. 409; GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P., en GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, op. cit., p. 64, ss.; BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. J., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., p. 724, s. y 729, ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, op. cit., p. 456, s.

3.4. Exacción de daños y perjuicios

Una vez firme el auto que estime la oposición y el alzamiento de la medida cautelar adoptada *inaudita parte*, se procederá a petición del demandado a la determinación de los daños y perjuicios que le hubiera producido la medida cautelar ya revocada, por los trámites del art. 712 y siguientes de la LEC. Tras cuantificar los daños y perjuicios, se requerirá de pago al solicitante de las medidas, procediéndose de inmediato, si no los pagara, a su exacción forzosa (art. 742 LEC).

IV. MODIFICACIÓN Y ALZAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Modificación de las medidas cautelares

Las medidas cautelares adoptadas están sujetas en todo momento a modificación, “alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas” (art. 743 LEC)⁶⁶. La modificación de las medidas se tramita conforme al procedimiento previsto para su adopción en el art. 734 y siguientes de la LEC.

Por lo que para alterar las medidas cautelares resulta necesario 1º) solicitar la modificación de las medidas, 2º) convocar a una vista con audiencia de las partes (la misma vista que para la adopción de las medidas) y 3º) resolver mediante auto⁶⁷.

2. Alzamiento de las medidas⁶⁸

En primer lugar, la medida cautelar se alzarán cuando se despache la ejecución provisional de una sentencia, según dispone el art. 731.2 LEC. Ello obedece a que la ejecución provisional sustituye a la medida cautelar.

En segundo lugar, procede el levantamiento de las medidas cautelares cuando se produce una sentencia absolutoria no firme⁶⁹. El Letrado de la Administración de Justicia procederá de oficio a su alzamiento, salvo que el recurrente solicite su mantenimiento, en cuyo caso el tribunal de instancia resolverá lo procedente en cuanto al mantenimiento o alzamiento de las medidas (art. 744.1 LEC).

Si la sentencia no firme contiene una estimación parcial, el tribunal, con audiencia de la parte contraria, resolverá mediante auto el mantenimiento, modificación o alzamiento de las medidas cautelares acordadas (art. 744.2 LEC).

Si el proceso termina por sentencia absolutoria firme o por renuncia de la acción o desistimiento del actor, las medidas cautelares se alzarán por el Letrado de la Administración de Justicia y se procederá a incoar pieza de exacción de daños y perjuicios, a instancias del que hubiera padecido la medida cautelar (art. 745 LEC). La caución opera como garantía para la exacción de daños y perjuicios causados a la parte demandada que haya debido sufrir la medida cautelar, para el caso de que finalmente la pretensión principal no prospere⁷⁰.

VII. CAUCIÓN SUSTITUTORIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La caución sustitutoria, es la posibilidad de suplir la medida cautelar, por una caución para asegurar el cumplimiento de la eventual sentencia estimativa del proceso principal (746.1 LEC)⁷¹.

⁶⁶ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, 2005, op. cit., p. 410, s.; GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P., en GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, op. cit., p. 69, ss.; BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. J., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., p. 732, ss.

⁶⁷ En este sentido, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. J., «Características de la modificación y alzamiento de las medidas cautelares de los arts. 743 y ss. de la LEC», *Práctica de Tribunales*, Nº 158, septiembre de 2022, p. 3.

⁶⁸ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, 2005, op. cit., p. 411, s.; GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P., en GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, op. cit., p. 73, ss.; PÉREZ BORRAT, M. L., «Cap. I. El Juicio Verbal», en SOSPEDRA NAVAS, F. J., (Coord.), *Tratado Práctico del Proceso Civil*, T. II, op. cit., p. 130, ss.; BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. J., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, op. cit., p. 737, s.; PARRILLA, J.; BARANDIARÁN, A., «Modificación y alzamiento de las medidas cautelares», en GARCÍA MARRERO, J. (Dir. y Coord.), *Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil*, 1ª ed., Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2021, p. 289, ss.

⁶⁹ El AAP de Barcelona de 13 de diciembre de 2010 (Roj: AAP B 6894/2010) determinó que, al dictarse sentencia absolutoria en el proceso principal, comportaba la pérdida sobrevenida del objeto del recurso de apelación sobre la medida cautelar al producirse el levantamiento automático de la medida adoptada, sin perjuicio de que la parte demandante pueda pedir al juez de primera instancia su mantenimiento o la adopción de otra medida cautelar.

⁷⁰ SAP de Tenerife 08 de 30 de enero de 2008 (Roj: SAP TF 44/2008).

⁷¹ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, 2005, op. cit., p. 412, s.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.,

Se trata de una facultad del demandado en el proceso cautelar, el cual puede ofrecer caución frente a la pretensión de medida cautelar durante el proceso contradictorio (art. 734 LEC), así como en el trámite de oposición a la medida adoptada sin audiencia (art. 740 LEC).

El demandado también podrá instar la caución sustitutoria una vez adoptada la medida cautelar, mediante escrito motivado sobre las consecuencias de la medida para su actividad patrimonial o económica, acompañando los documentos que estime convenientes sobre su solvencia (747.1 LEC).

A continuación, el Letrado de la Administración de Justicia da traslado de la solicitud de caución sustitutiva al solicitante de la medida cautelar, convocando a las partes a una vista, conforme a lo dispuesto en el art. 734 LEC, que dispone la celebración de vista dentro del plazo de diez días siguientes, previa comunicación del señalamiento a la contraparte con un mínimo de cinco días. La vista bifásica tiene por objeto alegar y probar “el fundamento de la solicitud de medidas cautelares, su naturaleza y el contenido de la pretensión de condena y la apariencia jurídica favorable que pueda presentar la posición del demandado, así como si la medida cautelar causa restricción o dificulta la actividad patrimonial o económica del demandado de modo grave y desproporcionado” (746.2 LEC).

Una vez acabada la vista, se resolverá mediante auto en el plazo de cinco días. Dicho auto es inimpugnable (747.2 LEC).

Finalmente, la caución sustitutoria de medida cautelar podrá otorgarse en dinero efectivo, aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca, o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad económica (art. 747.3 en relación con el art. 529.2, ambos de la LEC). Y una vez depositada la caución sustitutoria se alzarla la medida adoptada.

VIII. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO INHERENTES A DETERMINADOS JUICIOS VERBALES ESPECIALES

Al hilo del régimen general de las medidas cautelares con su particular incidencia en el juicio verbal, conviene reflexionar sobre las medidas de aseguramiento inherentes a determinados juicios verbales especiales que vienen recogidas en el art. 441 LEC, bajo el título de “actuaciones previas a la vista, en casos especiales”⁷². Este artículo recoge las especificidades de los juicios verbales relativos a la adquisición de la posesión hereditaria (art. 441.1 LEC), de paralización de obra nueva (art. 441.2 LEC), para la efectividad de los derechos reales inscritos en el registro de la propiedad (art. 441.3) y de tutela de créditos mobiliarios inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (art. 441.4 LEC). Pero sin duda, el mayor impacto lo ha comportado la reciente introducción del traído el reciente juicio posesorio, para recuperar las viviendas ocupadas ilegalmente, del nuevo apartado del art. 250.1.4º LEC⁷³.

El común denominador de los procesos recogidos en el art. 441 LEC, es que las medidas de aseguramiento no se configuran de modo autónomo, sino como una primera fase del propio procedimiento verbal, el cual adquiere en todos los casos un carácter bifásico, con una fase cautelar y otra de juicio verbal⁷⁴. Así, el juicio verbal especial no puede configurarse sin dichos elementos específicos de aseguramiento; esto es, no puede comenzar el proceso sin reclamar la específica tutela cautelar. Sus particularidades se pueden resumir del modo siguiente:

-Para adquirir la posesión hereditaria resulta obligatoria instar la posesión hereditaria, con aportación de testigos y título de legitimación. Es más, en este proceso, si no existe oposición, no tiene lugar siquiera el juicio verbal. Las causas de oposición en este proceso suelen proceder de arrendatarios, poseedores que alegan prescripción adquisitiva y colindantes que invocan cuestiones de servidumbre y linderos, así como entre co-herederos, finalizando en tal caso mediante el archivo de las actuaciones, remitiendo a las partes al proceso declarativo correspondiente.

MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, op. cit., p. 457, s.; GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P., en GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, op. cit., p. 71, ss.; ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 818, s.; GRAS SEGREIRA, J., «Caución. Caucción sustitutoria», en GARCÍA MARRERO, J. (Dir. y Coord.), *Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil*, 1ª ed., Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2021, p. 163, ss.

⁷² PÉREZ BORRAT, M. L., «Cap. I. El Juicio Verbal», en SOSPEDRA NAVAS, F. J., (Coord.), *Tratado Práctico del Proceso Civil*, T. II, op. cit., p. 115, señala que determinados tipos de juicios verbales contienen auténticas medidas cautelares a favor del demandante, en referencia a las medidas previstas en el art. 441 de la LEC.

⁷³ El párrafo segundo del art. 250.1.4º de la LEC ha sido introducido por la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas.

⁷⁴ En este sentido, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 804, precisa que la instrumentalidad de las medidas cautelares “permite distinguir la tutela cautelar de la tutela jurisdiccional que se dispensa en un proceso sumario”.

-El juicio verbal de suspensión de obra nueva, conlleva la adopción inmediata de la paralización de la obra objeto de la *litis*. Así, la SAP de Murcia de 10 de julio de 2018⁷⁵ define al juicio verbal de suspensión de obra nueva como un juicio especial, sumario y cautelar (arts. 250.1º.5º, 441.2 de la LEC) cuya finalidad es proteger la propiedad o posesión frente a perjuicios que pudieran derivarse, para la propiedad o posesión del interdictante, de una obra nueva; consiguientemente, si su finalidad última es, primeramente, la paralización -como medida cautelar- de la obra nueva y, en segundo término, tras oír las alegaciones del demandado, propietario de la obra⁷⁶.

El proceso de obra nueva constituye un procedimiento destinado exclusivamente a preservar la propiedad, posesión u otro derecho real de su promotor contra los perjuicios, inconvenientes o molestias que le produce el demandado⁷⁷. Para ello se activa la suspensión de la obra como medida cautelar consustancial al proceso, de modo que la sentencia definitiva se pronuncia sobre si procede o no confirmar la orden de paralización efectuada^{78 79}.

La finalidad del juicio verbal de obra nueva es conservar la situación fáctica, y de ahí se justifica la inmediata medida cautelar de suspensión. Por lo que es preciso probar cuál es el perjuicio potencial o el agravamiento que pueda producirse, tal y como lo han declarado diversas Audiencias Provinciales⁸⁰.

Las audiencias provinciales descartan la adopción de medida cautelar en el proceso de suspensión de obra nueva, tanto con carácter suspensivo, como cuando la construcción ha finalizado⁸¹. Igualmente, la SAP de Sevilla de 8 de noviembre de 2016⁸² declara de oficio la inadecuación del procedimiento de suspensión de obra nueva instado -con su correspondiente solicitud de paralización de obra como medida cautelar- por contener, a la vista de lo solicitado en el suplico de la demanda, la pretensión de un procedimiento declarativo de propiedad. En un caso similar, la SAP de Asturias de 28 de junio de 2013⁸³ procedió a desestimar la acción sumaria de suspensión de obra nueva.

El AAP de Barcelona de 15 de octubre de 2021⁸⁴ determina que la caución propia del proceso de obra nueva, no puede reconducirse a la caución de las medidas cautelares.

Por su parte, diversas audiencias provinciales han declarado recientemente la falta de idoneidad del juicio verbal de suspensión de obra nueva para suspender las obras acordadas por la comunidad de propietarios, indicando que la única posibilidad radica en la impugnación de los acuerdos con solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión de las obras⁸⁵.

-El tribunal también adoptará la medida cautelar solicitada, cuando se inste el proceso para la efectividad de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 250.º1.7 LEC). Aquí los últimos pronunciamientos más significativos de las audiencias provinciales son los siguientes:

La SAP de Barcelona e 29 de noviembre de 2021⁸⁶ diferencia entre la caución que debe prestar el demandado para comparecer en juicio y las medidas cautelares que puedan solicitarse y acordarse para la efectividad de la sentencia que se dicte:

“(…) la caución se configura legalmente como una garantía que debe prestar el demandado y, tiene como finalidad -expresamente declarada por la ley- la de responder de la devolución de los frutos percibidos indebidamente y del pago de los daños y perjuicios causados, así como de las costas procesales (arts. 41.1 LH, 137 regla 2 RH y 439.2.2. LEC). Por tanto, la caución se diferencia netamente de otras medidas cautelares

⁷⁵ EDJ 2018/585403.

⁷⁶ La SAP de Ciudad Real de 30 de enero de 2013 (EDJ 2013/26054) otorga finalidad cautelar al proceso sumario de obra nueva.

⁷⁷ SAP de Barcelona de 22 de octubre de 2018 (EDJ 2018/610979).

⁷⁸ SAP de Ourense de 7 de marzo de 2017 (EDJ 2017/564661).

⁷⁹ La SAP de Baleares de 26 de mayo de 2015 (EDJ 2015/114477) considera idónea la suspensión de obra nueva para proteger la posesión de servidumbre de paso en su trazado original que se ha visto afectada por obras de reforma, por lo que resulta adecuado el proceso de suspensión de obra nueva, que tiene como finalidad adoptar una medida cautelar encaminada a la paralización de una obra nueva que pueda perjudicar al titular del derecho real.

⁸⁰ SSAP de A Coruña de 5 de julio de 2013 (EDJ 2013/135944) y de 7 de marzo de 2018 (EDJ 2018/61888); SSAP de Baleares de 17 de diciembre de 2019 (EDJ 2019/841685) y de 29 de diciembre de 2020 (EDJ 2020/808094); entre otras.

⁸¹ SAP de Madrid de 7 de noviembre de 2016 (EDJ 2016/231473); SAP de Alicante de 7 de junio de 2017 (EDJ 2017/195384); SAP de La Rioja de 27 de abril de 2017 (EDJ 2017/107848); SAP de Madrid de 27 de septiembre de 2017 (EDJ 2017/246851), entre otras muchas.

⁸² EDJ 2016/303126.

⁸³ EDJ 2013/149391.

⁸⁴ EDJ 2021/798074.

⁸⁵ SAP de Valladolid de 12 de febrero de 2018 (EDJ 2018/9244); SAP de La Rioja de 23 de octubre de 2020 (EDJ 2020/734496); así como la AP de Burgos en sentencias de 15 de febrero de 2021 (EDJ 2021/527922) y de 24 de junio de 2021 (EDJ 2021/668887).

⁸⁶ EDJ 2021/848882.

que puedan solicitarse y acordarse para la efectividad de la Sentencia que se dicte (arts. 137, reglas 2 y 3 RH y 439.2.1 y 2 y 441.3 LEC)⁸⁷.

Así mismo, las audiencias provinciales resaltan que la cuantificación de la caución que debe prestar el demandado, impone -a los juzgados- una ponderación de las circunstancias del caso que tenga en cuenta el objeto y contenido de la pretensión ejercitada en la demanda y las consecuencias económicas que para el demandante se deriven de la conducta perturbadora del derecho real inscrito que se imputa al demandado [sentencias de la AP de Tarragona de 3 de junio de 2021⁸⁸ y de 7 de octubre de 2021⁸⁹].

Las audiencias provinciales son renuentes a adoptar medidas cautelares, más allá de la imposición legal de caución al demandado para comparecer y formular oposición en el juicio verbal correspondiente. En este punto, las audiencias provinciales señalan que la adopción de medida cautelar es susceptible de originar daños y perjuicios en el demandado, por lo que el demandante debería de ofrecer caución (SAP de Barcelona de 26 de marzo de 2021⁹⁰). Diversos pronunciamientos rechazan la anotación en el Registro de la Propiedad de la demanda, ya que “esta medida cautelar es susceptible de originar unos daños y perjuicios en el demandado, en atención a los cuales la ley admite que pueda condicionarse, exigiendo la oportuna caución de quien la solicite (art. 139 RH)” [SSAP de Barcelona 14 de septiembre de 2020⁹¹, de 3 de diciembre de 2020⁹², y de 21 de diciembre de 2020⁹³].

-En los juicios verbales relativos a incumplimiento de contratos inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, se adopta la medida cautelar de exhibición y embargo preventivo del bien, mientras que en los juicios verbales sobre arrendamiento financiero, o con reserva de dominio de tales bienes inscritos, se ordena el depósito del bien como medida cautelar.

Los pronunciamientos más significativos de las audiencias provinciales en relación al juicio verbal sobre incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero, arrendamiento de bienes muebles o contrato de venta a plazos con reserva de dominio, al amparo de lo dispuesto en el número 11º del apartado 1 del art. 205 de la LEC, “no se exigirá caución al demandante para la adopción de estas medidas cautelares, ni se admitirá oposición del demandado a las mismas. Tampoco se admitirán solicitudes de modificación o de sustitución de las medidas por caución”⁹⁴.

- El nuevo proceso sumario para la recuperación de las viviendas ocupadas ilegalmente comporta una doble pretensión, a saber, una pretensión cautelar [*“la inmediata entrega de la posesión de la vivienda”* (ex-art. 441.bis 1.II LEC)] y una pretensión declarativa para el caso de que se formule oposición de fondo con el objeto de que se confirme dicha entrega inmediata.

De este modo, en el juicio posesorio sobre vivienda, la medida cautelar inherente -esto es, la inmediata entrega de la posesión de la vivienda- constituye el eje del proceso. La premisa para acordar la medida cautelar radica en que el título aportado con la demanda sea declarado bastante, para que el tribunal admita a trámite la demanda (art. 437.3 bis LEC), sin exigir fianza alguna al demandante (ex-art. 441.1 bis. II LEC).

Dicha pieza cautelar se tramita de modo escrito, siendo admitida únicamente la prueba documental, se resuelve mediante auto, sin posibilidad de ulterior recurso y se ejecuta de modo inmediato (art. 441. bis.II LEC). En este proceso, el demandado solo puede oponer en fase cautelar la existencia de título suficiente para mantener la posesión. No obstante, podría darse el supuesto de que se desestimase la pretensión inicial -de índole cautelar⁹⁵- lo que no impediría sustanciar el juicio verbal propiamente dicho con o sin oposición hasta obtener una sentencia de fondo⁹⁶.

⁸⁷ En igual sentido, entre otras muchas, las sentencias de AP de Barcelona de 20 de mayo de 2021 (EDJ 2021/634068), de 11 de junio de 2021 (EDJ 2021/658118), de 1 de octubre de 2021 (EDJ 2021/746789), de 21 de octubre de 2021 (EDJ 2021/776398), de 4 de noviembre de 2021 (EDJ 2021/812702) y de 18 de noviembre de 2021 (EDJ 2021/826730). Así como la SAP de Lleida de 29 de julio de 2020 (EDJ 2020/685359), la SAP de Sevilla de 16 de julio de 2020 (EDJ 2020/848659) y la SAP de Vizcaya de 6 de marzo de 2020 (EDJ 2020/826955), por citar algunas más.

⁸⁸ EDJ 2021/654020.

⁸⁹ EDJ 2021/750841.

⁹⁰ EDJ 2021/582428.

⁹¹ EDJ 2020/686900.

⁹² EDJ 2020/763376.

⁹³ EDJ 2020/776877.

⁹⁴ SAP de Pontevedra de 11 de diciembre de 2014 (EDJ 2014/270396). En igual sentido, SAP de Valencia de 30 de octubre de 2013 (EDJ 2013/258288); SAP de Málaga de 5 de octubre de 2005 (EDJ 2005/301732); y SAP de Murcia de 25 de noviembre de 2005 (EDJ 2005/235302).

⁹⁵ Lo que podría ocurrir con la aportación de documentos que finalmente resulten inexactos, faltos o simplemente pertenecer a títulos extintos.

⁹⁶ SÁNCHEZ GARCÍA, J., «I. El procedimiento de recobrar la posesión ante la ocupación ilegal de vivienda» en IZQUIERDO BLANCO, P.; PICÓ JUNOY, J. (Dir.), *El juicio verbal de desahucio y el desalojo de viviendas okupadas*, 2.ª ed., Barcelona,

En cuanto a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, más allá de la admisión de la identidad de los ocupantes como parte demandada, la SAP de Girona de 11 de noviembre de 2021⁹⁷ equipara la entrega provisional de la vivienda como medida cautelar:

“La entrega de la posesión acordada en el incidente introducido en la normativa citada, es una entrega provisional, no definitiva, a modo de medida cautelar, en consecuencia procede seguir el procedimiento por sus trámites hasta sentencia, y en el caso presente en que el demandado no contestó a la demanda se dictará sentencia de forma inmediata”.

En todos los juicios verbales especiales anteriores el tribunal tiene que adoptar la medida cautelar propia del juicio verbal especial y sin exigir caución alguna⁹⁸. Por el contrario, en los juicios verbales sobre familia y capacidad, así como contra la calificación del registrador de la propiedad y el proceso para la recuperación de viviendas ocupadas ilegalmente, las medidas cautelares se pueden instar de modo completamente autónomo.

-Así, la solicitud de medidas provisionales en materia de familia puede ir precedida a la demanda, o ser solicitada de modo coetáneo a la demanda, o no instarse medida cautelar alguna, de modo que se configuran de modo autónomo respecto al proceso principal (ex-art. 771 y 773 LEC)⁹⁹.

En los procesos de ruptura familiar, podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares, denominadas “medidas provisionales”, para aquellos cónyuges que pretendan formular demanda de separación o divorcio interesando la resolución sobre potestad, guarda y custodia de los hijos menores y régimen de visitas del otro cónyuge, el uso de la vivienda familia, así como prestación periódica para el levantamiento de las cargas del matrimonio (alimentos de los hijos y pensión compensatoria para el cónyuge dependiente y al cuidado de los hijos), según determinan los arts. 102 y 103 CC. A continuación, se convocará a las partes y al Ministerio Fiscal a una vista, tras la cual el Juez resolverá adoptando las medidas provisionales que estime, sin posibilidad de recurso (art. 773 LEC). Dichas medidas se mantendrán en vigor hasta que sean sustituidas por las medidas definitivas que se acuerden en la sentencia de separación o divorcio.

En general, las medidas que se adopten en sede cautelar orientan el fallo de las medidas definitivas, aunque pueden variar si en dicho *lapsus* se ha abierto pieza de violencia sobre la mujer.

-En los juicios verbales especiales sobre medidas de apoyo a las personas con discapacidad, está permitido adoptar medidas cautelares a instancias del tribunal o del Ministerio Fiscal, remitiendo a la vista contradictoria de medidas cautelares (art. 762 en relación con los arts. 734, 735 y 736, todos de la LEC).

En los procesos verbales sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, está permitido adoptar medidas cautelares a instancia del tribunal o del Ministerio Fiscal, remitiendo a la vista contradictoria de medidas cautelares (art. 762 en relación con los arts. 734, 735 y 736, todos de la LEC, según redacción dada por el art. 4.19 de la Ley 8/2021, de 2 de junio)¹⁰⁰. Dichas medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier estado del procedimiento y con la previa audiencia de las personas con discapacidad, salvo que las circunstancias de urgencia la impidan.

-En igual sentido, el juicio verbal contra la calificación del registrador de la propiedad (contenido en el art. 328 LH), permite pedir la anotación preventiva como medida cautelar a la interposición de la demanda, pero no resulta automático su otorgamiento.

En relación a las medidas cautelares del juicio verbal contra la calificación registral existe una escasa y dispersa jurisprudencia menor, si bien destacan los siguientes pronunciamientos:

La SAP de Burgos de 11 de marzo de 2020¹⁰¹, extiende el razonamiento adoptado en la pieza cautelar al procedimiento principal en el sentido de rechazar la medida cautelar contra la calificación del registrador mercantil de disolución de la mercantil, basado en la no audiencia a la sociedad afectada, por entender que tales principios de contradicción no están contemplados para el procedimiento registral de calificación.

Boch, 2018, p. 39 [Bibliografía final pp. 33-42], subraya la conveniencia de individualizar de modo separado la petición de medida cautelar y del señalamiento del lanzamiento.

⁹⁷ EDJ 2021/826754.

⁹⁸ Cfr., PÉREZ BORRAT, M. L., «Cap. I. El Juicio Verbal», en SOSPEDRA NAVAS, F. J., (Coord.), *Tratado Práctico del Proceso Civil*, T. II, op. cit., p. 116.

⁹⁹ En sentido contrario, cfr., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, op. cit., p. 442.

¹⁰⁰ En este sentido, véase, CALAZA LÓPEZ, S., «Expedientes y proceso sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad», en GIMENO SENDRA, V.; DÍAZ MARTÍNEZ, M.; CALAZA LÓPEZ, S., *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 40.

¹⁰¹ EDJ 2020/547281.

El AAP de Palencia de 10 de febrero de 2020¹⁰², rechaza la adopción de medida cautelar contra la calificación negativa registral sobre anotación preventiva de demanda sobre una finca por una deuda al no acreditar la parte actora, “que concurren una coyuntura de la que estaría en condiciones de valerse la demanda para menoscabar los efectos de una hipotética resolución favorable a aquella”.

Por su parte, el AAP de Barcelona de 13 de marzo de 2019¹⁰³, en relación a la medida cautelar en el juicio verbal contra la calificación del registrador que “no puede perderse de vista que el verbal, en el que se interesa la medida [cautelar], tiene únicamente por objeto el control de la legalidad registral de los concretos defectos en que se basa la negativa, estando excluida del mismo toda discusión acerca de la validez y alcance del negocio o acto jurídico subyacente, que habrá de ser hecha valer en el procedimiento declarativo ordinario correspondiente. Se trata pues, de analizar si, de acuerdo con la legislación aplicable, concurren o no los defectos por los que la calificación registral ha sido negativa”.

El AAP de Pontevedra de 26 de octubre de 2017¹⁰⁴, versa sobre el otorgamiento de medida cautelar de anotación preventiva de demanda, tras haberse denegado por la registradora de la propiedad dicha anotación de modo inicial y, después de que fuese estimada en recurso por la DGRN, de modo que esta resolución avala la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva de demanda, en el juicio verbal contra la calificación negativa registral.

Por lo demás, entendemos que las disposiciones generales sobre medidas cautelares resultan plenamente aplicables a los juicios verbales especiales siguientes:

-El juicio verbal sobre tutela sumaria de la posesión (art. 250.1.4º LEC). Si bien, las audiencias provinciales son reacias a la utilización de las medidas cautelares en los procedimientos verbales de tutela sumaria de la posesión, unas veces por entender que no concurre peligro de demora, otras por entender que se superponen dichas pretensiones (sumaria y cautelar), o que es una medida cautelar inherente del proceso sumario de obra nueva. En este sentido, el AAP de Barcelona de 2 de diciembre de 2004¹⁰⁵ determina “la medida cautelar que se solicita es claramente anticipatoria, pues a través de la misma lo que se quiere obtener es exactamente lo mismo que se obtendría con un pronunciamiento estimatorio, que es la recuperación de la posesión que permitiría el ejercicio del derecho de retención que se pretende”, a lo que añade algo no menos sorprendente al remarcar que, “no puede olvidarse que el fundamento de las medidas cautelares es asegurar la efectividad de la tutela ordinaria, no de conceder una tutela sumaria”. De este modo, apunta a una interpretación dirigida a privar de la tutela cautelar en el ejercicio de la tutela sumaria, lo que choca frontalmente con la doctrina del Tribunal Constitucional, por cuanto la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares, que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso¹⁰⁶.

La SAP de Badajoz de 13 de junio de 2019¹⁰⁷, equipara la tutela sumaria de la posesión con la tutela cautelar, al indicar que esta “no deja de ser, en la práctica, una medida cautelar, que como tal luego puede ser revisada dentro de otro procedimiento sin cognición limitada”. Por el contra, el AAP de Pontevedra de 10 de diciembre de 2008¹⁰⁸, diferencia entre proceso sumario y de medidas cautelares:

“Debe diferenciarse entre lo que es la tutela sumaria que provee, mediante un procedimiento especial y rápido y de efectos provisionales, a la protección de derechos o situaciones, de lo que es medida cautelar, que persigue el aseguramiento de la posible ejecución de la sentencia condenatoria que en su momento pueda dictarse en el proceso de declaración, pero que no se trata de la obtención por una vía rápida de una tutela sumaria del derecho; por ello, debe cuidarse de que mediante los mecanismos propios de la medida cautelar se obtengan los efectos de la tutela sumaria rápida”.

-El juicio verbal sumario sobre ruina (art. 250.1.6º LEC). Aunque sobre el procedimiento sumario de ruina existen ciertas dificultades en la práctica por los siguientes motivos:

1º/ De un lado, dicho procedimiento judicial resulta paralelo con la posibilidad de activar el expediente administrativo de ruina, sin gasto ni riesgo alguno por parte del solicitante que adquiere la simple cualidad de solicitante o denunciante en sede administrativa.

¹⁰² EDJ 2020/616713.

¹⁰³ EDJ 2019/524148.

¹⁰⁴ EDJ 2017/311008.

¹⁰⁵ EDJ 2004/244268.

¹⁰⁶ SSTC la 14/1992, de 10 de febrero (FJ 7º); 238/1992, de 17 de diciembre (FJ 3º); 218/1994, de 18 de julio (FJ 3º); 27/1995, de 6 de febrero (FJ 5º); 78/1996, de 29 de mayo (FJ 3º); y 259/2007, de 19 de diciembre (FJ 8º), entre otras.

¹⁰⁷ EDJ 2019/641629.

¹⁰⁸ EDJ 2008/344036.

2º/ De otro lado, las sospechas y sombras de duda sobre la utilización del interdicto de ruina con fines espereos, tales como desalojar arrendatarios o precaristas.

Por lo que el proceso sumario de ruina es de muy limitado su uso. Y a todo lo expuesto, se une que, para la adopción de medidas cautelares, debe concurrir la constitución de caución por parte del solicitante.

-Juicio verbal de alimentos (art. 250.1.8º LEC), que tienen por objeto el establecimiento, modificación y extinción de una prestación periódica por alimentos (arts. 142 a 153 CC), siendo de aplicación las reglas comunes del proceso verbal. En estos procesos, las solicitudes de medidas cautelares suelen demorarse al momento de la vista del juicio verbal, lo que genera una absoluta inoperatividad, amén del engorro y coste económico que supone activar dicha pieza separada.

Por ello, sería conveniente que la sentencia que se dicte para modificar o extinguir la prestación de alimentos, contenga efectos retroactivos como medio disuasorio frente a los abusos de mantener las prestaciones (generalmente a favor de hijos mayores, que mantienen una independencia económica).

En la práctica, el establecimiento de limitaciones temporales a la prestación de alimentos, siempre puede comportar que la independencia económica del hijo mayor de edad se adelante o, en la mayoría de los casos, se posponga a lo pactado, encontrándose dicho hijo en la necesidad de tener que acudir directamente al juicio verbal de alimentos (ex-art. 250.1.8 LEC).

-Juicio verbal sobre acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios (art. 250.1.12º LEC). Los pronunciamientos más destacables en materia de tutela cautelar en el proceso verbal sobre cesación son los siguientes:

La SAP de Sevilla de 22 de enero de 2004¹⁰⁹, determinó la nulidad de actuaciones en relación a las medidas cautelares adoptadas en el juicio verbal en el que se ejercitaba la acción de cesación por cuanto dicha acción se ejercía de modo conjunto con la de reclamación de daños y perjuicios, entendiéndose dicha audiencia provincial que por tal motivo debía acudirse al procedimiento ordinario.

El AAP de Madrid de 11 de noviembre de 2005¹¹⁰, acordó mantener las medidas cautelares adoptadas y desestimar los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas, confirmando el auto por el que se acordó el otorgamiento de medidas cautelares por darse los requisitos para la adopción de las medidas cautelares: 1º) el peligro de mora, dada la situación de suspensión de pagos de la sociedad, lo que supone una clara concurrencia del peligro de retraso, y 2º) la apariencia de buen derecho, que se desprende de la documentación y de las afirmaciones de las partes.

El AAP de Cáceres de 6 de octubre de 2011¹¹¹ dispensa de la caución en el proceso verbal de cesación al indicar que:

“(…) en los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el Tribunal podrá dispensar al solicitante de la Medida Cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados”.

-Así como, en el juicio verbal sobre reclamaciones por impago de arrendamientos (art. 250.1.1º), aunque pueda resultar compatible la utilización de medida cautelar de embargo preventivo¹¹², su utilización práctica dependerá del retraso en los señalamientos¹¹³. El procedimiento de desahucio por falta de pago o por terminación del contrato no ha precisado de medidas cautelares, dada su relativa celeridad. Sin embargo, a raíz de la pandemia de 2020 en la que se originaron dificultades para el pago de alquileres las medidas cautelares, y al amparo del *Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria*, se han desplegado en los procedimientos ordinarios que los arrendatarios han interpuesto para revisar temporalmente el importe de las rentas de los locales de negocio. Pues bien, en dichos procedimientos se han solicitado y otorgado medidas cautelares para suspender los procedimientos de desahucio por falta de pago y reclamación de rentas, si bien los juicios verbales se han suspendido cuando se ha acreditado el cumplimiento de las medidas

¹⁰⁹ EDJ 2004/6929.

¹¹⁰ EDJ 2005/221607

¹¹¹ EDJ 2011/257509.

¹¹² En este sentido, véase, ESCALER BASCOMPTE, R., *El desahucio por falta de pago*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 163, s.

¹¹³ En sentido diferente, BONET NAVARRO, J., *Los juicios por desahucio*, 3.ª ed, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, p. 374, ss., extiende la posibilidad de embargo preventivo para garantizar la responsabilidad por daños y perjuicios que sean consecuencia de desperfectos en el inmueble, así como para garantizar la entrega del inmueble en ejecución y hasta para asegurar el pago de eventuales indemnizaciones sustitutorias y las costas de la ejecución.

cautelares por parte de los arrendatarios. Así en el AAP de Barcelona de 15 de julio de 2021¹¹⁴ se ha resuelto que dicho auto de medidas cautelares del procedimiento ordinario puede ser opuesto en el procedimiento verbal de desahucio siempre que se exista un cumplimiento del mismo por la parte arrendataria y demandada de desahucio.

Igualmente, el AAP de Barcelona de 27 de octubre de 2021¹¹⁵ determinó que, si la demandante no puede hacer frente a las rentas fijadas provisionalmente en el proceso cautelar del juicio ordinario, es cuestión que debe resolverse en los autos de juicio verbal de desahucio por falta de pago.

Así mismo, no faltan denegaciones en los procedimientos ordinarios de medidas cautelares sobre suspensión parcial y temporal de la obligación de pago de la renta de local de negocio y de suspensión del juicio verbal de desahucio¹¹⁶.

Por último, frente a la oposición formulada por la parte arrendataria en el juicio verbal de desahucio por falta de pago reclamando una rebaja temporal en el alquiler de local de negocio y suspensión del desahucio, la SAP de Pontevedra de 24 de febrero de 2021¹¹⁷, remite al procedimiento ordinario para modificar el contrato de arrendamiento con petición de medida cautelar consistente en la suspensión del juicio verbal de desahucio por falta de pago.

Por el contrario, no permiten la utilización de medida cautelar general:

-El juicio verbal en ejercicio de la acción de rectificación de hechos inexactos y perjudiciales (art. 250.1.9º LEC), por estar sometida su regulación a la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación¹¹⁸.

-Y el juicio verbal para la plena recuperación de la posesión por precario (art. 250.1.2º LEC)¹¹⁹. Resulta obvio que en el juicio verbal para la recuperación de la plena posesión de una finca (rústica o urbana) cedida en precario, las medidas cautelares son incompatibles con la permisividad y el lapsus temporal en que se origina la posesión precaria.

Estamos ante situaciones originadas por la inactividad y el consentimiento prolongado permitiendo la posesión de bienes inmuebles sin título, que frustra el requisito necesario del *periculum in mora* para implementar la tutela cautelar en el llamado juicio verbal de desahucio por precario del art. 250.1.2º de la LEC. Así lo viene a indicar el AAP de Las Palmas de 7 de mayo de 2021¹²⁰ en un juicio verbal de desahucio por precario en el que se solicitaba como medida cautelar el “desalojo inmediato de la vivienda”, indicando dicho Auto que:

“En el supuesto enjuiciado la medida cautelar coincide exactamente con la pretensión deducida en el proceso principal: la recuperación posesoria, pero sin embargo no se justifica que la dilación procesal pueda provocar una agravación de la situación existente no acreditándose así el peligro de mora procesal”.

IX. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL JUICIO VERBAL SEGÚN EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL

Para analizar las medidas cautelares en los juicios verbales según el *Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia* (en adelante también PLMEP), hay que distinguir, por un lado, su impacto sobre el juicio verbal y, por otro, como afecta a las medidas cautelares.

No obstante, antes de entrar a valorar la implementación de la reforma proyectada, cabe recordar que la LEC, al igual que todas las leyes procesales, se concibe y articula como un todo orgánico, por lo que las reformas deben realizarse con el suficiente rigor para no hacerla inoperativa, bien por afectar a su lógica, bien por generar contradicciones e inseguridades en su funcionamiento cotidiano. Ocurre lo mismo que con un edificio dado se calcula y construye para un determinado uso, no admitiendo cambios estructurales que puedan ponerlo en riesgo de colapso o que demande sucesivas reformas para corregir los desajustes provocados por las anteriores.

Por lo que se refiere al juicio verbal según la PLMEP hemos de precisar lo siguiente:

- En primer lugar, el aumento del espacio propio del proceso verbal, tanto cualitativo como cuantitativo. La propuesta de reforma añade al juicio verbal las acciones individuales relativas a

¹¹⁴ EDJ 2021/695617.

¹¹⁵ EDJ 2021/812474.

¹¹⁶ AAP de Barcelona de 12 de julio de 2021 (EDJ 2021/673362); y AAP de Alicante de 3 de junio de 2021 (EDJ 2021/661495).

¹¹⁷ EDJ 2021/533846.

¹¹⁸ LIZÁRRAGA VIZCARRA, I., *El Derecho de Rectificación*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2005, p. 76, califica la acción de “procedimiento interdictal”.

¹¹⁹ En este sentido, ESCALER BASCOMPTE, R., op. cit., p. 162.

¹²⁰ EDJ 2021/691477.

condiciones generales de la contratación, reclamaciones de cantidad en materia de propiedad horizontal de cualquier cuantía y la acción de división de la cosa común (apartados 14, 15 y 16 del apartado 1 del art. 250 LEC según el proyecto). Así mismo, se incrementa el ámbito cuantitativo de cuantía, hasta los 15.000 euros (art. 250.2 LEC según la reforma legislativa), lo que redundará en un incremento de juicios verbales por razón de la cuantía, con la consecuente disminución de juicios ordinarios.

- En segundo lugar, el dispositivo procesal para dificultar que el juicio verbal llegue a la vista. Tal y como prevé el proyectado art. 438.8 LEC, se atribuye al LAJ la facultad -de naturaleza claramente jurisdiccional- de convocar a las partes, una vez contestada la demanda, a una conciliación previa; en otro caso, dará nuevo traslado a las partes por plazo de cinco días para que propongan prueba -sin haber determinado previamente el objeto de la *litis*- tras lo cual el tribunal resolverá mediante auto de admisión de la prueba y la pertinencia de la vista o, en caso de no considerarla necesaria, dictar sentencia. Obviamente, esta potestad se verá muy condicionada en la práctica por la carga de trabajo de los propios juzgados que ahorrarán en emplazamientos de testigos y peritos, y en celebraciones de vistas, sean presenciales o telemáticas.

A dicha dificultad para celebrar la vista del juicio verbal se une la posible suspensión de las actuaciones por existir el llamado "juicio testigo", al entender que se trata de pretensiones análogas a las de otros procesos anteriores [ex-art. 438 TER LEC según la propuesta de reforma], dando preferencia al primer proceso y suspendiendo los demás.

El nuevo modelo de proceso verbal con la previa y preceptiva obligación de acudir a los llamados *Medios Adecuados de Solución de Conflictos* (MASC), indudablemente, aparte de generar más gasto y más tiempo, afecta a las medidas cautelares, que de ordinario se venían interponiendo junto con la demanda, puesto que, si la demanda no se puede interponer hasta haber acudido a los MASC, se generaría "per se" una demora en la pieza cautelar, con el riesgo de que la misma sea rechazada, dado el tiempo transcurrido. Ello, obligará a generalizar la interposición de las medidas cautelares con carácter previo a la demanda.

Así mismo, nos podemos encontrar con que la tramitación de la tutela cautelar reúna mayores garantías de intermediación que el propio proceso declarativo verbal (sea plenario o sumario), dado que el mismo puede acabar tramitándose de modo meramente escrito, careciendo de cualquier elemento de presencialidad e intermediación. Esto es algo ya previsto en las nuevas normas generales que determinan y fomentan la llamada "audiencia o vista telemática", la cual adolece de serios problemas en nuestra opinión¹²¹.

El art. 722 LEC, concebido para las medidas cautelares en procesos arbitrales y litigios extraterritoriales, con la propuesta de reforma pasa a incluir la necesidad de acreditar el haber iniciado un intento de solución extrajudicial a través de un MASC. Tal y como ha señalado el CGPJ en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de Justicia* de 22 de julio de 2021, al indicar que "cabe preguntarse asimismo si un procedimiento -judicial-, aunque sea de naturaleza cautelar, es compatible con un procedimiento de solución adecuada de controversias"¹²².

De este modo, la propuesta legislativa no permite cursar la solicitud de medidas cautelares al tiempo de instar algún MASC, que podrá ser una demanda de conciliación civil, sino con posterioridad.

Aquí, resulta difícil indicar que basta utilizar cualquier medio alternativo, como acudir a una mediación,¹²³ o incluso la reunión de letrados (ahora llamada negociación previa a la demanda),

¹²¹ Véase, BANACLOCHE PALAO, J., «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficacia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *Diario La Ley*, Nº 9814, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 19 de Marzo de 2021, s/p.; PÉREZ VEGA, A., «Una visión crítica de la proyectada reforma del juicio verbal en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», *Diario La Ley*, Nº 9841, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 3 de Mayo de 2021, s/p.; GASCÓN INCHAUSTI, F., «¿Han venido para quedarse las vistas telemáticas?», *AFDUAM*, Núm. Extraordinario 2021, vol. 2, pp. 391, ss.

¹²² Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el *Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de Justicia*, adoptado en su reunión del Pleno de 22 de julio de 2021, p. 156. Consultado el día 13 de febrero de 2023:

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-Servicio-Publico-de-Justicia>

¹²³ Sobre lo antinómico que puede resultar la obligatoriedad de la mediación en el PLMEP, véase, CASTILLEJO MANZANARES, R., «Los métodos adecuados de solución de conflictos según el proyecto de eficiencia procesal», en DÍAZ PITA, M. P., *Horizonte Justicia 2030. Reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, Madrid, Tecnos, 2022, p. 156, ss.; BONET NAVARRO, J., «Sobre los medios adecuados de solución de controversias como requisito de procedibilidad. Crónica de un bluf anunciado», en DÍAZ PITA, M. P., *Horizonte Justicia 2030. Reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, Madrid, Tecnos, 2022, p. 180, ss.; SIGÜENZA

ya que, en no pocas ocasiones, significa desconocer que la parte a demandar suele eludir todo encuentro y solo contrata los servicios de un abogado a partir del emplazamiento judicial con la demanda, haciendo caso omiso a cualesquiera requerimientos prejudiciales o contestando a los mismos de modo negativo, amén de que también puede formar parte de la estrategia del letrado de la parte. En cualquier caso, el resultado será una demora adicional para tramitar las medidas cautelares.

Así mismo, el PLMEP añade el art. 724 de la LEC la referencia, además de al arbitraje, a los MASC para determinar la competencia de las medidas cautelares en casos especiales. Y el art. 730 LEC según la proyectada reforma, se refiere al alzado de las medidas cautelares para el caso de haber alcanzado el acuerdo en un MASC y, en caso de que el acuerdo sea parcial, si alguna de las partes solicita el mantenimiento de las medidas o la adopción de alguna distinta, se dará traslado a la otra parte, tras lo cual, resolverá el tribunal atendiendo a las circunstancias.

Igualmente, si no hay acuerdo entre las partes -total o parcial-, se alzarán las medidas cautelares para el caso de que no se interponga demanda, o se inicie el proceso de arbitraje en el plazo de 20 días desde la finalización del proceso de negociación [art. 730.2 LEC, según redacción del PLMEP].

La introducción de los MASC en el proceso civil implica un nuevo desajuste de la LEC, tal y como ha sido concebida e implementada durante sus veinte años de vida. De este modo, la nueva relación entre las tutelas cautelar y declarativa va a sufrir un desplazamiento, al tener que recomponer su articulación a partir de las nuevas figuras previas y preceptivas que integran los MASC.

A lo anterior -común al proceso ordinario y verbal- se suma que la reforma no tiene en cuenta las particularidades de los juicios verbales en relación a las medidas cautelares.

X. CONCLUSIONES

Primera.- En cuanto a la aplicabilidad de las medidas cautelares a los juicios verbales, hay que indicar que no existe ninguna variación procedimental del procedimiento general de las medidas cautelares para las materias propias del juicio verbal, salvo algunas excepciones en materia de juicios verbales especiales y procesos especiales que se sustancian a través del juicio verbal.

Así mismo, en la LEC actual existe cierto paralelismo entre la sustanciación del juicio verbal (contenida en los arts. 443, 445 y 446 de la LEC), y la vista de la medida cautelar (contenida en el art. 734 LEC). Existen similitudes entre vista cautelar y juicio verbal, en cuanto que no se posibilita recurso contra las decisiones del tribunal, sino tan solo la protesta, así como la inexistencia de trámite de conclusiones. Igualmente, en materia de prueba existe una remisión a las disposiciones generales, pero difieren en cuanto a la preclusión de la proposición para la parte actora en el caso de la medida cautelar, que solo podrá proponer la prueba con la solicitud de medidas, no pudiendo hacerlo en la vista de medidas cautelares.

Sin embargo, más allá de las referidas similitudes, no cabe asimilación alguna, toda vez que:

- En primer lugar, el proceso cautelar depende del proceso principal, de modo que cualquier incidencia en el mismo determina la finalización del procedimiento cautelar.

- En segundo lugar, no son equiparables los efectos de los juicios verbales -causen o no cosa juzgada-, frente a la decisión cautelar, ya que el auto por el que se acuerdan las medidas cautelares siempre tendrá carácter provisional. Además, dicho auto de medidas concluye al resolverse el proceso principal, amén de que su mantenimiento durante el proceso principal depende de que no varíen las circunstancias existentes para su otorgamiento.

- En tercer lugar, conviene destacar la antinomia que se produce por expresa disposición del art. 455.1 LEC, según redacción dada por la Ley de Agilización Procesal de 10 de octubre de 2011, al no existir veto a la interposición de recurso de apelación contra el auto de medidas cautelares en aquellos juicios verbales cuya resolución de fondo, en sentencia, no resulte recurrible en apelación por no superar los 3.000 euros de cuantía.

Respecto a la propuesta de reforma contenida en el *Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia*, dada la fuerte desvalorización de la tutela declarativa verbal, éste contiene menos garantías que la propia tutela cautelar que le ha de preceder, aunque deba de adelantarse al momento del inicio de los MASC, de modo que estos pasan a determinar la activación de las medidas cautelares, postergando la interposición de la demanda verbal. Todo ello conduce a resultados absurdos en los que primarán -si no se modifica- las medidas cautelares en garantías por encima del juicio verbal al que sirven de soporte.

Segunda.- Si queremos alertar contra cierta corriente jurisprudencial que considera incompatible las tutelas cautelar y sumaria, tal y como hemos señalado al analizar las medidas cautelares en el juicio verbal para retener o recuperar la posesión. Aquí reiteramos que no puede haber tutela jurisdiccional sin medidas cautelares, tal y como ha señalado de modo reiterado el Tribunal Constitucional.

Tercera.- Recientemente el profesor VALLESPÍN PÉREZ ha expuesto la conveniencia y necesidad de atenuar la instrumentalidad de las medidas cautelares, de modo que la resolución de estas pueda dar por finalizado el proceso principal, incluso sin necesidad de iniciarlo¹²⁴. Dicha propuesta supone la transmutación de la tutela cautelar a la sumaria. Así lo ha efectuado el nuevo juicio verbal sumario para la recuperación de la vivienda, en la que, una vez desplegada la medida cautelar, el proceso principal puede quedar sin efecto, ya que se ha conseguido a través de la medida cautelar la recuperación de la vivienda. De este modo, el objeto de las tutelas cognitiva y cautelar serían plenamente coincidentes. Tal planteamiento supone romper el principio de la instrumentalidad respecto del proceso principal como elemento definitorio de las medidas cautelares¹²⁵.

Desde una valoración positiva de la propuesta, consideramos que tal apuesta por la atenuación de la instrumentalidad de las medidas cautelares requiere de modificaciones legislativas para transmutar dichas medidas cautelares en procedimientos sumarios específicos, o incorporarse a los ya existentes.

De cualquier modo, es necesario articular la sumariedad en relación a la tutela cautelar, evitando en lo posible ir creando "ad hoc" tipos procesales para dar respuesta a aquellos sectores económicos y sociales con capacidad legislativa, lo que nos llevaría a una nueva proliferación de procedimientos, tal y como se dio a lo largo del siglo XX¹²⁶.

¹²⁴ VALLESPÍN PÉREZ, D., «Los nuevos desafíos constitucionales del proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 59, enero 2023, p. 32, ss.

¹²⁵ En este sentido, CALAMENDREI, P., *Introducción al Estudio sistemático de las providencias cautelares*, op. cit., p. 44, s.: «Esta relación de instrumentalidad o, como han dicho otros, de subsidiariedad, que liga inevitablemente toda providencia en previsión de la cual se dicta, es el carácter que más netamente distingue la providencia cautelar de la llamada declaración de certezas con predominante función ejecutiva: ésta nace, como se ha visto, con la esperanza de que una providencia posterior no sobrevenga y le impida convertirse en definitiva; aquella nace en previsión, e incluso en espera, de una providencia definitiva posterior».

¹²⁶ Véase, GUASP DELGADO, J., «Reducción y simplificación de los procesos especiales», *Anuario de Derecho Civil*, Abril-Junio 1951, p. 411, ss.; MUÑOZ PECES-BARBA, M., «Reducción de los tipos de procesos civiles», *Revista de Derecho Procesal (Publicación Iberoamericana)*, 2.ª época, 1961, nº 1, p. 211, ss.; HERCE QUEMADA, V., «La proliferación de tipos procedimentales civiles en primera instancia», *Revista de Derecho Procesal*, 1.ª época, III Julio-Septiembre 1965, p. 119, ss.; GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., *La proliferación de procesos civiles*, Aravaca Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 48, ss.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

AZNAR DOMINGO, A.; DÍAZ ALEJANO, B.; PAZ GARCÍA, R. A., «Las medidas cautelares “inaudita parte”», *Práctica de Tribunales*, Nº 143, Sec. Estudios, marzo-abril 2020, pp. 1-20.

BANACLOCHE PALAO, J., «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficacia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *Diario La Ley*, Nº 9814, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 19 de Marzo de 2021, s/p.

BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. J., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 23ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

BONET NAVARRO, J., *Los juicios por desahucio*, 3.ª ed, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

BONET NAVARRO, J., «Sobre los medios adecuados de solución de controversias como requisito de procedibilidad. Crónica de un bluf anunciado», en DÍAZ PITA, M. P., *Horizonte Justicia 2030. Reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, Madrid, Tecnos, 2022, pp. 179-195.

CALAMANDREI, P., *Introducción al Estudio sistemático de las providencias cautelares*, Santiago de Chile, Ed. Olejnik, 2018.

CALAZA LÓPEZ, S., «Expedientes y proceso sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad», en GIMENO SENDRA, V.; DÍAZ MARTÍNEZ, M.; CALAZA LÓPEZ, S., *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 25-42.

CARNELUTTI, F., *Instituciones del Nuevo proceso civil italiano*, Barcelona, Bosch, 1942 (traducción y notas de Guasp, J.).

CASTILLEJO MANZANARES, R., «Los métodos adecuados de solución de conflictos según el proyecto de eficiencia procesal», en DÍAZ PITA, M. P., *Horizonte Justicia 2030. Reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, Madrid, Tecnos, 2022, pp. 149-178.

CHIOVENDA, J., *Principios de Derecho Procesal Civil* (traducción española al cuidado de Casais y Santaló, J.), T. I, 3.ª ed, Madrid, Reus, 2000.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, 2005.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., en OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 2001.

ESCALER BASCOMPTE, R., *El desahucio por falta de pago*, Barcelona, Atelier, 2006.

ESCALER BASCOMPTE, R., *Medidas cautelares y ejecución (¿Cómo aplicar con eficacia soluciones homogéneas?)*, Barcelona, Atelier, 2013.

FERNÁNDEZ GIL, C., *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, Madrid, Tecnos, 2010.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III Artículos 556 al 827, 1.ª ed., (1.ª reimpresión), Barcelona, Iurgium editores- Atelier, 2001.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J., (Dir.), *Los Procesos Civiles*, Vol. 4, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 2010.

GARCÍA GÓMEZ, B.; CABRERA, G., «Ejecución de las medidas cautelares. Recurso en materia de medidas cautelares», en GARCÍA MARRERO, J. (Dir. y Coord.), *Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil*, 1ª ed., Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2021, pp. 225-262.

GASCÓN INCHAUSTI, F., «¿Han venido para quedarse las vistas telemáticas?», *AFDUAM*, Núm. Extraordinario 2021, vol. 2, pp. 383-401.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*, 4.ª ed., Madrid, UNED-Colex, 2012.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., *La proliferación de procesos civiles*, Aravaca-Madrid, McGraw-Hill, 1996.

GRAS SEGRERA, J., «Caución. Caucción sustitutoria», en GARCÍA MARRERO, J. (Dir. y Coord.), *Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil*, 1ª ed., Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2021, pp. 157-170.

GUASP DELGADO, J., «Reducción y simplificación de los procesos especiales», *Anuario de Derecho Civil*, Abril-Junio 1951, pp. 411-420.

GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, 6.ª ed., Tomo II, Madrid, Civitas, 2005.

GUTIÉRREZ BARRENGOIA, A., en TORIBIOS FUENTES, F., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1.ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2000.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. J., «Características de la modificación y alzamiento de las medidas cautelares de los arts. 743 y ss. de la LEC», *Práctica de Tribunales*, Nº 158, septiembre de 2022, pp. 1-8.

HERCE QUEMADA, V., «La proliferación de tipos procedimentales civiles en primera instancia», *Revista de Derecho Procesal*, 1.ª época, III Julio-Septiembre 1965, pp. 119-146.

LIZÁRRAGA VIZCARRA, I., *El Derecho de Rectificación*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2005.

LÓPEZ YAGÜES, V., «Presupuestos y requisitos exigidos para la adopción de medidas cautelares civiles», *Práctica de Tribunales*, Nº 123, Sección Tribuna Libre, noviembre-diciembre 2016, s/p.

LORCA NAVARRETE, A. M., en LORCA NAVARRETE, A. M., (Dir.), GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, Valladolid, Lex Nova, 2000.

MAGRO SERVET, V., «La oportunidad y ventajas de las medidas cautelares *inaudita parte*. Sus requisitos», *Práctica de Tribunales*, Nº 158, Sec. Práctica procesal, septiembre 2002, pp. 1-6.

MARTÍNEZ DE SANTOS, A., «La caución y fianza en la adopción de medidas cautelares en el proceso civil», *Práctica de Tribunales*, Nº 158, septiembre 2022, pp. 1-11.

MARTÍNEZ DEL TORO, S., «Características y desarrollo de una vista de medidas cautelares del art. 734 LEC», *Práctica de Tribunales*, Nº 158, septiembre de 2022, p. 13. pp. 1-14.

MUÑOZ PECES-BARBA, M., «Reducción de los tipos de procesos civiles», *Revista de Derecho Procesal (Publicación Iberoamericana)*, 2.ª época, 1961, nº 1, p. 211-213.

OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 2001.

ORBEZUA SOTO, I., en LLEDÓ YAGÜE, F., (Dir.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Dykinson, 2000.

ORELLANA CANO, N., «Peligro por retraso», en GARCÍA MARRERO, J. (Dir. y Coord.), *Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil*, 1ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 125-156.

ORTELLS RAMOS, M., (Dir. y Coord.), *Derecho Procesal Civil*, 12.ª ed, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

PARRILLA, J.; BARANDIARÁN, A., «Modificación y alzamiento de las medidas cautelares», en GARCÍA MARRERO, J. (Dir. y Coord.), *Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil*, 1ª ed., Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2021, pp. 283-298.

PÉREZ BORRAT, M. L., «Cap. I. El Juicio Verbal», en SOSPEDRA NAVAS, F. J., (Coord.), *Tratado Práctico del Proceso Civil*, 1.ª ed., T. II. Juicio Verbal y Recursos, Madrid, Thomson-Civitas, 2008.

PÉREZ CEBADERA, M. A., «Las medidas cautelares inaudita parte. Requisitos concurrentes para acreditar el periculum in mora», *Práctica de Tribunales*, Nº 102, Sec. Tribuna Libre, mayo-junio 2013, pp. 1-9.

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

PÉREZ VEGA, A., «Una visión crítica de la proyectada reforma del juicio verbal en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», *Diario La Ley*, Nº 9841, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 3 de Mayo de 2021, s/p.

PICÓ Y JUNOY, J., «Naturaleza y características de la tutela cautelar. Su aplicación en tiempos de crisis», en García Marrero, J. (Dir. y Coord.), *Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil*, 1ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 49-63.

SACRISTÁN REPRESA, G., en XIOL RÍOS, J. A., (Coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia*, T. III, Madrid, Sepín, 2008.

SÁNCHEZ GARCÍA, J., «I. El procedimiento de recobrar la posesión ante la ocupación ilegal de vivienda» en IZQUIERDO BLANCO, P.; PICÓ JUNOY, J. (Dirs), *El juicio verbal de desahucio y el desalojo de viviendas okupadas*, 2.ª ed., Barcelona, Boch, 2018, pp. 33-42.

SANJUAN Y MUÑOZ, E., «Apariencia de buen derecho», en García Marrero, J. (Dir. y Coord.), *Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil*, 1ª ed., Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2021, pp. 89-123.

SIGÜENZA LÓPEZ, J., «Porque creemos en la mediación, no a la mediación obligatoria», en DÍAZ PITA, M. P., *Horizonte Justicia 2030. Reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, Madrid, Tecnos, 2022, pp. 196-227.

VELERIO COUTO, E., «El procedimiento de las medidas cautelares: solicitud, audiencia y celebración de la vista», en GARCÍA MARRERO, J. (Dir. y Coord.), *Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil*, 1ª ed., Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2021, pp. 171-204.

VALLESPÍN PÉREZ, D., «Los nuevos desafíos constitucionales del proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 59, enero 2023, pp. 1-40.