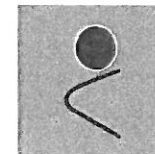
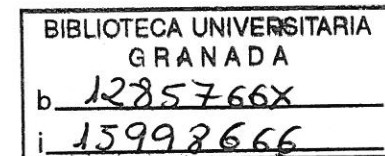


NURIA TORRES ROSELL
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Granada

LAS MEDIDAS CAUTELARES

(Contraste entre la regulación coetánea a la LEC de 1881
y la LEC de 2000)



EDITORIAL MONTECORVO, S. A.
MADRID, 2001

© Editorial Montecorvo, S. A. 2000
I.S.B.N.: 84-7111-398-8
Depósito Legal: M. 47.382 - 2000
Fotocomposición e impresión:
TARAVILLA
Mesón de Paños, 6 - 28013 Madrid

ÍNDICE

EDITORIAL MONTECORVO, S. A.
Doctor Esquerdo, 47
Teléf. 574 64 11 - Fax 504 15 58
28028 Madrid

	<u>Págs.</u>
ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	13
I. COMPETENCIA PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.	17
<i>Cuadro comparativo</i>	18
<i>Comentarios</i>	19
II. MOMENTO PROCESAL EN EL QUE PUEDEN ADOPTARSE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y RATIFICACIÓN	31
<i>Cuadro comparativo</i>	32
<i>Comentarios</i>	33
III. CAPACIDAD DE POSTULACIÓN PARA LA SOLICITUD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	43
<i>Cuadro comparativo</i>	44
<i>Comentarios</i>	45
IV. <i>FUMUS BONI IURIS</i> EXIGIBLE PARA SU ADOPCIÓN	49
<i>Cuadro comparativo</i>	50
<i>Comentarios</i>	51
V. SITUACIÓN DE RIESGO EXIGIBLE PARA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA	55
<i>Cuadro comparativo</i>	56
<i>Comentarios</i>	57
VI. PRUEBA DE LA CONCURRENCIA O AUSENCIA DEL <i>FUMUS BONI IURIS</i> Y DEL <i>PERICULUM IN MORA</i>	63
<i>Cuadro comparativo</i>	64
<i>Comentarios</i>	65
VII. EXIGENCIA DE CAUCIÓN AL SOLICITANTE DE LA MEDIDA CAUTELAR COMO CONDICIÓN PARA SU ADOPCIÓN	69
<i>Cuadro comparativo</i>	70
<i>Comentarios</i>	71
VIII. IMPUGNABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN QUE ORDENA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR	77
<i>Cuadro comparativo</i>	78
<i>Comentarios</i>	79

	<i>Págs.</i>
IX. SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA ORIGINARIA POR UNA CAUCIÓN SUSTITUTORIA	87
<i>Cuadro comparativo</i>	88
<i>Comentarios</i>	89
X. FINALIZACIÓN DE LA INSTANCIA O RECURSO Y LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	95
<i>Cuadro comparativo</i>	96
<i>Comentarios</i>	97
XI. PROCEDIMIENTOS PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	107
<i>Procedimientos para la adopción de la medida: Cuadro comparativo</i>	111
1. <i>Procedimientos previstos en la legislación coetánea a la LEC 1881 que desaparecerán con la entrada en vigor de la LEC 2000</i>	113
1.1. Medidas inominadas	113
1.2. Depósito de cosa mueble	117
1.3. Embargo preventivo	120
1.4. Intervención judicial de bienes litigiosos	123
1.5. Medidas en procesos matrimoniales	125
1.6. Medidas previstas en las Ley de Patentes y en la Ley de marcas	129
1.7. Medidas previstas en la Ley de Propiedad Intelectual	130
1.8. Medidas previstas en la Ley de Competencia Desleal	132
2. <i>Procedimientos previstos en la legislación coetánea a la LEC 1881 que no desaparecerán con la entrada en vigor de la LEC 2000</i>	134
2.1. Anotación preventiva de la demanda de impugnación del acuerdo de la sociedad anónima	134
2.2. Suspensión del acuerdo de la comunidad de propietarios	137
2.3. Embargo preventivo de la cantidad debida a la comunidad de propietarios	138
2.4. Anotación preventiva sobre bienes inmuebles	141
2.5. Suspensión del acuerdo de la sociedad anónima	146
3. <i>Procedimientos previstos en la LEC 2000</i>	149
3.1. General para la adopción, modificación y sustitución de medidas cautelares	149
3.2. Medidas en procesos matrimoniales	151
3.3. Medidas en procesos de filiación	152
3.4. Medidas en procesos de incapacidad	154
BIBLIOGRAFÍA	159

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.:	Artículo
Cc:	Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889
DA:	Disposición Adicional
LCD:	Ley 3/1991, 10 de enero, de Competencia Desleal
LEC 1881:	Ley de Enjuiciamiento Civil. Real Decreto de 3 de febrero de 1881
LEC 2000:	Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000, de 7 de enero.
LGP:	Ley 34/1998, 11 noviembre, General de Publicidad
LHI:	Ley de Hipoteca Inmobiliaria, Decreto de 8 de febrero de 1946
Lmar:	Ley 32/1988, 10 noviembre, de Marcas
LOPJ:	LO 1/1985, Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio
Lpat:	Ley 11/1986, 20 marzo, de Patentes
LPI:	Real Decreto Legislativo 1/1996, 12 de abril, de Propiedad Intelectual
LPH:	Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal
LSA:	Real Decreto Legislativo 1564/1989, 22 diciembre, de Sociedades Anónimas
RH:	Reglamento Hipotecario, Decreto de 14 febrero de 1947
RRM:	Reglamento del registro mercantil, Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio

INTRODUCCIÓN

He abordado este trabajo con una intención puramente personal, en principio; sin más pretensión que conocer más profunda y claramente las modificaciones, las mejoras, las omisiones, que la nueva ley de enjuiciamiento civil introduce en la regulación de las medidas cautelares. Y para eso, necesitaba comparar la nueva regulación con la todavía vigente.

Creo que resulta esclarecedor el examen de las medidas cautelares (de sus presupuestos, requisitos, condiciones y procedimiento a seguir para su concesión, impugnación o alzamiento), a través de cuadros comparativos multicolores, pues con una mirada se aprecian ya las diferencias. Es un efecto de la superioridad explicativa de la imagen sobre la palabra.

Por eso es por lo que me ha parecido que ofrecer esta visión panorámica de las medidas cautelares, tal como están reguladas en el momento presente y tal como lo estarán conforme a lo dispuesto en la nueva ley, es suficientemente interesante por sí mismo, desde el punto de vista docente, de la investigación o de la práctica profesional. De hecho, ya este año, he estado utilizando estos cuadros, a través de transparencias, como soporte de mis clases en la Licenciatura en Derecho, y la experiencia me ha parecido plenamente satisfactoria.

No debe perderse de vista que esta exposición comparativa puede suponer una ventaja para la práctica forense durante bastantes años después de la entrada en vigor de la nueva

ley. La Disposición Transitoria Séptima, recuérdese, dispone la aplicación de las normas hoy vigentes —las coetáneas a la LEC 1881— a las medidas cautelares ya adoptadas en procesos incoados antes de la entrada en vigor de la LEC 2000; pero también permite solicitar su revisión y modificación con arreglo a las disposiciones de la ley nueva. ¿Qué mejor que tener una visión contrastada entre ambas disposiciones procesales para saber qué regulación resulta más beneficiosa para el caso concreto? La duración de esta aplicación transitoria no será breve, dados los términos de las Disposiciones Transitorias Segunda, Tercera y Cuarta que prescriben la aplicación de la LEC 1881 y sus disposiciones complementarias durante la finalización de la instancia o recurso en los que se encuentre el proceso a la entrada en vigor de la LEC 2000.

Puede pensarse que un cuadro comparativo, por llamativo que resulte—incluso por bien hecho que esté— sólo lo entenderá quien lo ha hecho, ya que detrás de lo expuesto hay un cúmulo de datos y de conocimientos que no se reflejan de forma directa en el cuadro. Por eso, cada uno de los cuadros que se presenta, se sigue de su explicación y aclaración.

Ahora bien, como pronto se comprobará, en la explicación de estos cuadros no se incluyen referencias doctrinales. No porque no existan o no se hayan consultado; al contrario, sino porque el objetivo que persigue este trabajo podría verse distorsionado. Por eso esta ausencia se ha suplido con la elaboración de una guía bibliográfica general a la que podrá acudir el lector si desea conocer cuál es el parecer de la doctrina sobre el tema; cuáles son los problemas que se han planteado doctrinal y jurisprudencialmente; cuáles sus posibles soluciones y completar con ello la información que se ofrece en los cuadros.

Con relación al método de trabajo me gustaría dedicar atención, breve y previa a los siguientes temas:

PRIMERO: como puede observarse, en cada uno de los cuadros explicativos, cada una de las medidas cautelares analizadas se incluye siempre en el mismo lugar de la primera columna, aún a riesgo de que con eso se complique un poco la elaboración del cuadro. La razón no es otra que la de conseguir una «rutina» al mirar el cuadro y creo que su comprensión, lejos de perjudicarse, ha salido beneficiada.

Se incluyen en los primeros lugares las medidas cautelares que se consideran genéricas, adoptables en cualquier procedimiento como garantía de la efectividad de la potencial sentencia de condena que pueda recaer dependiendo del objeto concreto del proceso; posteriormente, las que se adoptarán específicamente en los, denominados, procesos especiales.

SEGUNDO: en todos los cuadros explicativos existe una separación entre la regulación contenida en la vigente LEC y normas complementarias (dónde existe un mayor colorido; es decir, una mayor diversidad) y la contenida en la LEC de 2000, que se resalta con fondo amarillo (donde la uniformidad es mayor y, en consecuencia, las filas son monocromáticas).

TERCERO: son relativamente frecuentes las celdas con fondo gris; la lectura de este color es que en las medidas (filas) en cuestión no cabe plantearse si procede o no tratar detenidamente el presupuesto, requisito o condición que se esté analizando (columna), porque el legislador ha negado de forma clara su procedencia.

CUARTO: en la regulación actualmente vigente el legislador ha previsto más medidas cautelares de las que aquí se contemplan—baste, como ejemplos, lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen—. Su no inclusión se debe a que el legislador tan sólo alude a la posibilidad de adopción de las medidas «cautelares encaminadas

al cese inmediato de la intromisión ilegítima, (...)), art. 9.2; la determinación, pues, de los presupuestos, requisitos y condiciones habrá de establecerse acudiendo a lo dispuesto en el art. 1428 LEC para las medidas cautelares innominadas y, en su caso, en los arts. 721 y ss. LEC 2000 para las medidas cautelares en general.

Y, QUINTO: en las filas correspondientes a la regulación actualmente vigente aparecen las medidas cautelares «nominadas» (incluyendo entre ellas las «innominadas», aunque parezca un paradoja), mientras que en las filas correspondientes a la regulación contenida en la LEC 2000 no se hacen, comúnmente, distinciones. La razón está en que uno de los aspectos más llamativos de la nueva ley a este respecto es su pretensión de unificación y, para conseguirla, el legislador establece en el art. 727 una enumeración abierta de las actividades en que puede consistir una medida cautelar en clara relación a la pretensión que se ejerza en el proceso; a su objeto concreto.

Pese a esto, en algunos cuadros se sigue aludiendo a alguna medida «nominada» en la fila correspondiente a la LEC 2000 debido a que, como en cada caso se explica, el legislador ha dejado vigentes, premeditadamente o no, algunas especialidades contenidas en las leyes que expresamente deroga total o parcialmente a través de las Disposiciones Derogatorias Únicas y Transitorias.

Espero que estos cuadros que siguen sean de tanta utilidad para el lector como lo han sido para mí.

Granada, verano de 2000

I

COMPETENCIA PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

CUADRO COMPARATIVO

Medida	Previas a la demanda	Coetáneos o posteriores	Proc. arbitrales o extranjeros
Embargo preventivo —art. 1397 LEC—	Juez de Primera Instancia	Juez de Paz -8.000 pts Juez de Primera Instancia	Situación prevista con carácter general Competencia objetiva de carácter residual: Juez de Primera Instancia (Art. 85.1 LOPJ)
Depósito de cosa mueble —arts. 55 y 497 LEC—			
Anotación preventiva HI —art. 55 LEC—			
Intervención judicial —art. 55 LEC—			
Innominadas —art. 1428 LEC—			
Propiedad intelectual —art. 142 LPI—	Juez de Primera Instancia		
Procesos matrimoniales —arts. 103-104 Cc y DA 4ª Ley 30/81—			
Procesos de incapacidad —arts. 199 y ss. Cc—			
Procesos de filiación —art. 128 Cc—			
Competencia desleal —art. 25 LCD—	El del lugar de realización del hecho	Competencia funcional	
Publicidad —art. 30 Lpub. Y 1428 LEC—			
Suspensión del acuerdo S.A. —art. 120 LSA—			
Anotación preventiva —arts. 121 LSA y 155 RRM—			
Embargo —art. 20.2 LPH, 1397 LEC—			
Suspensión del acuerdo —art. 16.4ª LPH, 1428 LEC—			
Patentes y Marcas —art. 133 Lpat y 40 Lmar—			
LEC/2000 —art. 723— Aplicable a todas las medidas cautelares	Competencia Funcional *Incompetencia Territorial:	A Prevención	Juez de Primera Instancia —art. 85.1 LOPJ—

COMENTARIOS

En este cuadro se examina la atribución de competencia para la adopción de medidas cautelares en la legislación procesal coetánea de la LEC 1881 y en la nueva LEC 2000.

Los aspectos que más resaltan en este examen comparativo son los que pretenden responder a las siguientes interrogaciones:

1. ¿COMPETENCIA OBJETIVA O COMPETENCIA FUNCIONAL PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES?

a) Con la vieja ley.

Tradicional y mayoritariamente, la doctrina ha considerado que la atribución de este asunto a los órganos jurisdiccionales trae causa del criterio funcional. Es decir que, conforme a lo que dispone el art. 55 LEC 1881, «Los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un asunto la tendrán también ... para todas sus incidencias ...» y entre las que pueden surgir en un proceso está, sin duda, la petición de adopción, la oposición, modificación y alzamiento de la medida cautelar.

La aplicación de este criterio de competencia funcional no plantea excesivos problemas en la generalidad de los casos, ya porque el legislador lo establezca así expresamente (como ocu-

re en el art. 133 de la Ley de Patentes —aplicable a las medidas cautelares adoptables en los procesos referentes a la Ley de Marcas, art. 40—), bien porque atribuya la competencia para conocer de las medidas cautelares al mismo órgano jurisdiccional al que algunos preceptos antes ha atribuido competencia para conocer del proceso (como ocurre en las medidas cautelares adoptables en procesos matrimoniales —DA 4^a Ley 30/81—, en materia de propiedad intelectual —art. 142 LPI—), bien porque, al no señalar nada, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 55 LEC1881 (así, el art. 16.4 LP; 120 y 121 LSA y 29 y 30 LGPublicidad); bien porque como ocurre en el art. 25 LCD el legislador considera aplicable todo lo dispuesto en la LEC para el juicio de menor cuantía y, entre éstas disposiciones, puede estar, sin duda, la determinación de la competencia objetiva en relación con el ámbito cuantitativo de aplicación. Y, en última instancia, porque parece ser pacífica la opinión de que la competencia para la adopción de las medidas cautelares solicitadas en la propia demanda o con posterioridad a ella forman parte de la competencia funcional del juzgado o tribunal que tenga competencia objetiva y territorial para conocer del proceso en el que se adopten.

Sin embargo, en algunos supuestos la decisión de si la competencia para la adopción se debe a competencia funcional u objetiva plantea algunos problemas, sobre todo cuando la solicitud se realiza con anterioridad a la incoación del proceso principal.

a.1) En primer lugar, vamos a referirnos a lo que ocurre con las medidas cautelares adoptables en los procesos de nulidad, separación y divorcio, en las que las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales proceden de la imperfección legislativa. Hasta 1981 —fecha en la que se modificó sustancialmente el régimen procesal de las situaciones de crisis matrimonial— parecía clara la diferente competencia territorial para la adop-

ción de medidas cautelares adoptables en estos procesos: el art. 1881 LEC atribuía competencia territorial al juez (de Primera Instancia) del domicilio de la solicitante —pues sólo la esposa podía instar la adopción de las medidas previstas en los arts. 1881 a 1885 LEC—, mientras que para conocer de las medidas cautelares adoptables durante la substanciación del proceso la competencia territorial se atribuía, bien al juez del domicilio de la esposa, por haberse solicitado las medidas con carácter previo, bien, en caso contrario, al del último domicilio conyugal.

Los problemas que, sin duda, planteaba esta diferenciación quedaron resueltos, creo que tácitamente resueltos, por la redacción del art. 104 Cc y de las Disposiciones Adicionales. 3.^a y 4.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modificación de la regulación del matrimonio y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Si tenemos en cuenta que el art. 104 Cc no incluye ninguna alusión a la competencia territorial para la adopción de medidas cautelares previas a la interposición de la demanda, pero sí una clara legitimación de cualquiera de los cónyuges para su solicitud previa, lo dispuesto en el art. 1881 LEC hay, cuando menos, que modificarlo en el sentido de que el fuero territorial vendrá determinado por el domicilio del «esposo o de la esposa» que solicite la adopción de las medidas con carácter previo. A lo anterior hay que añadir que la DA 3.^a Ley 30/81 atribuye la competencia territorial al juez del último domicilio conyugal y en caso de diversidad de residencia de los cónyuges, al último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado, a elección del demandante, de lo que resulta que, en ningún caso, podría aplicarse el fuero territorial establecido en el art. 1881 LEC. Y, por último, la DA 4.^a remite de forma expresa a los arts. 1884 y 1885 LEC para el procedimiento a seguir para la solicitud y adopción de las

medidas cautelares antes de la interposición de la demanda; lo que, de otra parte, resulta lógico dado que las profundas reformas que deberían sufrir los arts. 1881, 1882 y 1883 LEC para que resultaran mínimamente constitucionales, provocarían su inaplicación práctica.

De todo ello resulta, de una parte, la derogación tácita de lo dispuesto en los arts. 1881-1883 y en consecuencia la imposibilidad de que la competencia territorial para la adopción de las medidas cautelares solicitadas con anterioridad a la interposición de la demanda pueda diferir de la que se determina en la DA 3.^a para el proceso principal. Si existe domicilio conyugal, porque el juez de éste debe conocer de ambas actuaciones procesales; si los cónyuges residen en diversos domicilios, porque el solicitante elige entre el juez del partido del último domicilio conyugal o el de la residencia del demandado —o futuro demandado—.

Podríamos, incluso, imaginar situaciones más raras, pero la solución permanecería invariable. Piénsese en la posibilidad de que uno sea el cónyuge que solicita la adopción de medidas cautelares antes de la interposición de la demanda y otro el que interpone la demanda y añádase que, por residir ambos en diversos partidos judiciales, el solicitante elija al juez del partido del solicitado y éste, ahora demandante, elija al del partido de aquél —ahora demandado—. O, piénsese que es el mismo cónyuge el que en cada uno de esos momentos procesales elige al juez de un partido diferente —quizá porque no le ha satisfecho la decisión judicial sobre medidas cautelares previas— ¿Podría plantearse el problema? Indudablemente no; en un caso, porque el primer juez tiene que dejar de conocer bien en el mismo momento en que cualquiera de ellos le acredite que la demanda se ha interpuesto ante otro juez, bien cuando transcurrido el plazo de caducidad no conste la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio. En

el otro, porque al haber existido sumisión tácita, por la elección que realiza el solicitante de las medidas cautelares previas, el demandado puede cuestionar la competencia territorial del juez elegido para el proceso principal. Sea cual sea el supuesto, la aplicación de las normas generales o específicas sobre competencia territorial ha de llevarnos a la misma afirmación: la competencia para la adopción de medidas cautelares en los procesos matrimoniales, se soliciten en la demanda, antes o después de ella, es de la competencia funcional del juez que tenga competencia objetiva y territorial para el proceso y el fuero que determina ésta última señala siempre al mismo partido judicial, cualesquiera que sean las situaciones que teórica o prácticamente nos planteemos.

a.2) El art. 25 de la LCD atribuye la adopción de las medidas cautelares solicitadas antes de la interposición de la demanda al *Juez del lugar de realización del hecho* (lugar de realización del acto de competencia desleal o del lugar donde pueda surtir efectos). La sola existencia de este criterio de determinación de la competencia territorial hace desaparecer el criterio de atribución por competencia funcional, debido a que lo dispuesto en este artículo para las medidas cautelares previas a la interposición de la demanda constituye una excepción a los fueros aplicables para el proceso principal (partido en el que radique el establecimiento del demandado y, en su defecto, el domicilio del demandado o lugar de su residencia habitual, si el domicilio no se encuentra en territorio nacional —art. 23 LCD—.

A diferencia con el supuesto examinado anteriormente, la competencia territorial para conocer del proceso principal viene determinada por un fuero principal y dos fueros concurrentes de carácter sucesivo, por lo que resulta imaginable la desincronía entre la competencia territorial de quién puede conocer de las medidas cautelares antes de la interposición de la demanda y de quién debe conocer del proceso principal.

Sin embargo, el legislador ha previsto que una vez interpuesta y admitida la demanda, el Juez que haya ordenado la adopción de las medidas cautelares debe remitir lo actuado al que resulte competente para conocer del proceso principal. Lo que implica, no sólo que la adopción de medidas cautelares es una incidencia del proceso principal y, que por tanto, su solución es de la competencia funcional del Juez que tenga competencia objetiva y territorial para conocer de él, sino que la competencia funcional del Juez que haya ordenado la adopción de las medidas previas se limita a conocer de este incidente hasta que conste la interposición y admisión de la demanda principal o hasta que conste su no interposición dentro del plazo de ratificación.

a.3) Un tercer supuesto que plantea problemas —quizá de más difícil solución— es el embargo preventivo. El art. 1397 LEC 1881 atribuye competencia para la adopción del embargo preventivo al Juez de Primera Instancia del lugar donde radiquen los bienes a embargar —art. 63.12ª LEC 1881— y cuando la cantidad no exceda de 8.000 pts, al Juez de Paz de la misma demarcación territorial, siempre que, en este último caso, el embargo se solicite en la propia demanda principal.

En primer lugar, cabría pensar que, aunque el legislador realiza en este precepto una individualización del tipo de órgano —y, por tanto, de competencia objetiva—, esta individualización resulta indiferente, pues para conocer de demandas cuantificadas en menos de 8.000 pts siempre es competente el Juez de Paz y para las cuantificadas en más de dicha cantidad, siempre lo es el de Primera Instancia. Sin embargo, esto que es cierto, no en todos los casos lo es. Por citar sólo un ejemplo, la responsabilidad civil de Jueces, Magistrados y de Diputados —autonómicos o generales— y Senadores no se exige ante el Juez de Primera Instancia ni ante el Juez de Paz, sino ante, como mínimo la Sala de lo Civil y Penal, como Sala de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, indepen-

dientemente de la cuantía reclamada. En estos casos ¿puede mantenerse que la adopción del embargo no es un tema de competencia funcional y sí de competencia objetiva? De ser así habrá que asumir la incongruencia de que del proceso principal esté conociendo un órgano y de toda la medida cautelar —adopción, modificación, ratificación, levantamiento, sustitución—, otro distinto.

En segundo lugar, es necesario plantearse si el fuero territorial establecido en la regla 12.ª del art. 63 LEC es de aplicación sólo cuando el embargo preventivo se solicite antes de la interposición de la demanda o si, por el contrario, lo es independientemente del momento en que se solicite esta medida. En este último caso, los problemas son idénticos a los señalados en el párrafo anterior y habrá que asumir la incongruencia de que haya dos órganos jurisdiccionales conociendo con relación al mismo proceso: uno del proceso principal y otro de la medida cautelar de embargo.

La ilógica de esta interpretación, la falta de economía procesal, la duplicidad de documentación, la dificultad para ambos litigantes, la onerosidad del proceso para los litigantes y para el Estado y la posibilidad de llegar a decisiones judiciales totalmente contradictorias, deben llevarnos necesariamente a circunscribir la aplicación de este fuero sólo, en su caso, a los supuestos en los que el embargo preventivo se solicite antes de la interposición de la demanda. Pero aún así ¿qué ocurre cuando el fuero aplicable al proceso principal es otro? ¿Deberá solicitarse la adopción del embargo preventivo ante el que resulte de la aplicación del art. 63 o deberá solicitarse ante el competente territorialmente para conocer del proceso principal? ¿Podrá impugnarse la competencia territorial para conocer del embargo solicitado con anterioridad a la demanda por no resultar coincidente con la que opera para el proceso principal? Si no se hace así ¿existe ya un sometimiento tácito con relación al proceso principal?

b) Con la nueva ley.

Todos estos problemas, que fueron resueltos doctrinal y jurisprudencialmente con mayor o menor uniformidad y unanimidad, no se plantearán con la entrada en vigor de la LEC 2000. En primer lugar, porque en esta ley ha desaparecido el fuero legal que atiende a la adopción de medidas cautelares, en general o específicas¹. En segundo lugar, porque con relación al criterio de competencia, el legislador es relativamente claro: «será competente el que estuviere conociendo o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal» (art. 723), y por tanto estamos en presencia de un criterio de competencia funcional².

Pero es más, el legislador ha previsto ya expresamente la imposibilidad de cuestionar la competencia territorial del Juzgado o Tribunal elegido por el solicitante de la medida cau-

¹ Esta desaparición se debe fundamentalmente a la redacción del art. 52 LEC en el que el legislador, por ejemplo, hace referencia siempre a la competencia para conocer del proceso principal y no a las medidas concretas, en nuestro caso, cautelares que pueden solicitarse del juez. (Cfr. la redacción de los actuales art. 62 y 63 LEC y la del art. 52 LEC 2000). Y, por otra parte, en la regulación de medidas cautelares que por expresa —o tácita— voluntad del legislador permanecen vigentes no se mantiene ninguna norma referida a la competencia territorial (cfr. la derogación de lo establecido en la LEC para las medidas cautelares en procesos matrimoniales, las disposiciones adicionales 3.ª y 4.ª de la Ley 30/81, los arts. 23 y 25 LCD).

² En la misma línea, de los arts. 762, 768, 771 y 773 LEC 2000 se deduce esta opción del legislador con relación a las medidas cautelares adoptables en los procesos sobre la capacidad de las personas, filiación, paternidad, maternidad y matrimoniales.

Y pese a esta aparente claridad, véase BARONA VILAR, S que considera que la competencia para la adopción de medidas cautelares solicitadas previamente a la interposición de la demanda es objetiva y se determina a favor del Juez de Primera Instancia por aplicación del art. 85.1º LOPJ. MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO, BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional*, II. Proceso Civil, 9.ª ed., Valencia, 2000, pág. 660.

telar; y de esta forma se excluye la posibilidad de considerar sometido tácitamente para el proceso principal y futuro al demandado que se oponga o participe en el procedimiento seguido para la adopción de la medida. Paralelamente se impone al Juez o Tribunal la obligación de examinar de oficio su competencia judicial internacional, jurisdicción por razón del objeto, competencia objetiva —inhibiéndose del conocimiento del asunto tras oír al solicitante y al M.º Fiscal— y también su competencia territorial. En este último examen pueden darse las situaciones siguientes:

- Para el proceso principal existe un fuero legal improrrogable: se inhibe del asunto e indica al solicitante quién es el competente.
- Para el proceso principal existe un fuero legal prorrogable y las partes se han sometido expresamente a la competencia territorial del Juez elegido por el solicitante de la medida para el proceso principal: conoce de la medida cautelar.
- Para el proceso principal existe un fuero legal prorrogable y no existe pacto de sumisión expresa a favor del Juez elegido por el solicitante de la medida: se inhibe del asunto.

Y, en la primera y tercera situación, pese a su inhibición, el juez podrá ordenar la adopción de las medidas solicitadas sólo si tienen carácter urgente; una vez dictado el auto, deberá remitir lo actuado al que resulte competente (e igual competencia a prevención puede darse aunque la falta de competencia sea objetiva) (cfr. art. 725).

2. ¿A QUIÉN COMPETE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES UNA VEZ FINALIZADA LA PRIMERA INSTANCIA?

a) Conforme a la LEC 1881, la adopción de medidas cautelares durante la segunda instancia o durante la tramitación del recurso de casación no está expresamente prevista; no obstante, la conceptualización de las medidas cautelares como una incidencia del proceso principal, lleva a considerar que, de ser posible su adopción, corresponde al juzgado o tribunal que conozca del recurso de apelación o de casación, respectivamente.

b) La nueva LEC 2000 ha regulado, como luego se verá, de forma expresa este aspecto y, en tales casos, la competencia para su adopción corresponde, por el criterio funcional, al juzgado o tribunal que conozca del recurso —de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación— (art. 723.2).

3. ¿PUEDEN ADOPTARSE MEDIDAS CAUTELARES AUNQUE NO EXISTA, NI VAYA A EXISTIR UN PROCESO INCOADO ANTE LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL?

La nueva LEC 2000 ha regulado expresamente una situación que no estaba prevista en la de 1881, pero sí en normas procesales coetáneas; me refiero a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en España cuando el proceso principal se sigue en el extranjero o cuando se está tramitando un procedimiento arbitral.

a) A raíz de la promulgación de la LOPJ³ es ya posible solitar medidas cautelares que sirvan de garantía de la efectividad

³ Ciframos esta posibilidad a raíz de la LOPJ con carácter general y con vocación de aplicación a cualquier proceso. Indudablemente, antes y después de la promulgación de esta norma, la posibilidad puede estar expresamente prevista en tratados internacionales suscritos por España. A título de ejemplo, basta aludir al Convenio de Bruselas de 1968.

de la potencial sentencia de condena que recaiga en un proceso seguido ante una organización jurisdiccional no española, pues el art. 22.5 LOPJ estableció el carácter exclusivo y excluyente de la competencia jurisdiccional internacional de los juzgados y tribunales españoles para la adopción de las medidas cautelares que recaigan sobre personas o bienes que se encuentren en territorio español o que deban surtir efectos en España.

La determinación de la competencia objetiva hay que encontrarla en el art. 85.1 LOPJ: «corresponde al Juez de Primera Instancia lo no atribuido expresamente a otro órgano jurisdiccional»; la competencia territorial, en los fueros legales establecidos en los arts. 62 y 63 LEC.

b) Con la nueva LEC 2000, el legislador ya ha previsto de forma expresa en la ley procesal esta posibilidad en el art. 722 y ha dado un paso más al permitir también la adopción de medidas cautelares durante la tramitación de procedimientos arbitrales⁴. Las únicas limitaciones en relación con la actividad jurisdiccional seguida en el extranjero, tanto si concierne juzgados o tribunales, como si concierne árbitros, radican en que es necesario que el proceso principal no sea de la competencia jurisdiccional exclusiva y excluyente de la organización jurisdiccional española, bien por aplicación del art. 22 LOPJ, bien por la de algún tratado o convenio ratificado por España y en que es también necesario que la posibilidad de adopción de medidas cautelares esté prevista en un Tratado o Convenio ratificado por España⁵ (cfr. art. 722.2)

⁴ Posibilidad no prevista ni en la LEC de 1881, ni en la LOPJ de 1985 ni en la Ley de Arbitraje de 1988. La doctrina y la jurisprudencia son quienes han aducido diversos argumentos en apoyo o en exclusión de que puedan adoptarse medidas cautelares durante la tramitación de un proceso arbitral. Argumentos que deberán revisarse a tenor de lo dispuesto en la nueva LEC 2000.

⁵ ¿Significa eso que ha de entenderse modificado el apartado 5 del art. 22 LOPJ, pese a que tiene carácter general; pese a que no condiciona su aplicación a la existencia de ningún tratado? Creo que no.

La determinación de la competencia objetiva sigue el mismo camino que antes de la publicación de esta ley; hay que buscarla en el art. 85.1 LOPJ y se establece a favor del Juez de Primera Instancia (salvo que la aplicación del tratado aplicable señale a un órgano distinto); la competencia territorial se establece atendiendo a dos fueros sucesivos: el del lugar en el que el laudo o la sentencia extranjera deban ejecutarse (que a tenor de lo dispuesto en el art. 958 LEC 1881, vigente aún en este tema, es el del domicilio del demandado o el del lugar de ejecución) y, en su defecto, el del lugar en el que deban producir eficacia las medidas adoptadas (art. 724). La falta de competencia territorial apreciada de oficio permite también en este caso la adopción de las medidas cautelares a prevención, con remisión posterior de lo actuado al juez que territorialmente resulte competente.

II

MOMENTO PROCESAL EN EL QUE PUEDEN ADOPTARSE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y RATIFICACIÓN

CUADRO COMPARATIVO

Medida	Antes	Al tiempo	Después	Ratificación
Embargo preventivo —1411, 1415 LEC— Anotación preventiva —42LH y 139 RH— Depósito de cosa mueble —Art. 499— Intervención judicial —art. 1419 LEC— Inmominadas —1428 LEC— Propiedad intelectual —142,5 LPI— P. Matrimoniales —103, 104 Cc— P. Incapacitación —Arts. 199 y ss Cc— P. Filiación —art. 128 Cc.	X (sólo +8.000)	X	X	20 días (a petición del deudor: 10 días)
	X	X	X	30 días
	X	X	X	8 días
	X	X	X	8 días
	X	X	X	20 días (10, a petición del deudor)
	X	X	X	8 días
	X	X	X	2 meses
	X	X	X	30 días
	X	X	X	20 días
	X	X	X	2 meses
LEC/2000 —Art. 730— Aplicable a todas Salvo. Patentes y marcas —DF ⁵ 2 y art. 133, 139 Lpat— En procesos matrimoniales Embargo en PH —DF ¹ , art. 21 LPH— cuando el demandado se oponga en el monitorio Anotación preventiva de demanda —art. 42 LHI— En procesos de filiación —art. 768— En procesos de incapacitación —art. 762— Sólo de oficio	Sólo en casos de urgencia	X	Sólo por cambio de circunstancias	20 días
	X	X	X	30 días
	X	X	X	2 meses
	X	X	X	30 días
	X	X	X	2 meses
	X	X	X	30 días
	X	X	X	2 meses
	X	X	X	30 días
	X	X	X	2 meses
	X	X	X	30 días
Anotación preventiva S.A. —art. 155 RRM y 121 LSA— Suspensión acuerdo S.A. —art. 120 LSA— En procesos de incapacitación —art. 762— Sólo de oficio	Sólo de oficio	X	Sólo por cambio de circunstancias	20 días
	X	X	X	30 días
	X	X	X	2 meses
	X	X	X	30 días
	X	X	X	2 meses
	X	X	X	30 días
	X	X	X	2 meses
	X	X	X	30 días
	X	X	X	2 meses
	X	X	X	30 días

COMENTARIOS

En este cuadro se examina el requisito temporal de la solicitud de medidas cautelares, conforme a la LEC 1881 y conforme a la LEC 2000.

El aspecto sobre el que me gustaría llamar la atención es la disparidad de criterios existentes en la LEC 1881, en torno a la posibilidad de solicitar la medida cautelar antes de la interposición de la demanda; en torno al plazo de ratificación de la medida y en torno a la posibilidad de solicitar la medida cautelar con posterioridad, fundamentalmente durante la tramitación de la segunda instancia o del recurso de casación.

1. ¿ES POSIBLE SOLICITAR UNA MEDIDA CAUTELAR ANTES DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA?

Aunque en la LEC 1881 no existe una norma expresa al respecto, de los caracteres de las medidas cautelares, en concreto de la pendencia, se deduce la necesidad de que la medida cautelar se solicite, como muy pronto, en la demanda. Por tal motivo, sólo pueden solicitarse antes de su interposición cuando el legislador haya previsto de forma expresa esta posibilidad —lo que ocurre en el embargo preventivo por cuantía superior a 8.000 pts. (art. 1397 LEC), en el depósito de cosa mueble (499 LEC), en las innominadas (1428 LEC), en las reguladas en la LPI (142 LPI), en las matrimoniales (104 Cc), en las idóneas para la protección del presunto incapaz, si bien



sólo pueden acordarse de oficio (art. 203.2 Cc)—, o cuando declara de forma expresa la aplicación supletoria de lo dispuesto en el art. 1428 LEC (así ocurre con relación a las medidas cautelares previstas en la Ley de Competencia Desleal, art. 25 y en la General de Publicidad, art. 30).

Es necesario que la medida cautelar se solicite, como muy pronto, en la propia demanda, por expresa disposición del legislador en la anotación preventiva sobre bienes inmuebles —arts. 42, 68 LHI y 139 RH—, en la intervención judicial de bienes litigiosos —art. 1419 LEC—; en los procesos de incapacitación —art. 209 C.—; filiación —art. 128 Cc—; en la suspensión cautelar del acuerdo de la sociedad anónima impugnado —art. 120 LSA — y en la anotación preventiva de demanda prevista en el art. 121 LSA, por aplicación del art. 155 del Reglamento del Registro Mercantil— (en gris oscuro, en el cuadro).

La ley no señala nada respecto a la posibilidad de solicitar la suspensión del acuerdo aprobado por la comunidad de propietarios en el procedimiento para su impugnación —art. 16.4ª LPH—, ni tampoco para solicitar el embargo preventivo de los bienes del propietario deudor en el procedimiento para su reclamación —art. 20.2 LPH—.

En el primer caso, es posible suplir las omisiones legales integrando esta medida entre las innominadas del art. 1428 LEC y, en consecuencia, considerar aplicable los requisitos temporales de dicho precepto. En el segundo, la propia remisión que el precepto hace a lo dispuesto para el embargo preventivo debe llevar a la conclusión de que, si la deuda reclamada es inferior a 8.000 pts., el embargo sólo podrá solicitarse en la demanda; si la deuda es superior, podrá solicitarse también con carácter previo a su interposición.

La nueva LEC 2000 ha unificado este requisito temporal y

con su entrada en vigor casi todas las medidas cautelares podrán solicitarse antes de la interposición de la demanda, pero no como norma general sino como excepción. Es decir, para que pueda adoptarse la medida antes del inicio del proceso es necesario que el solicitante acredite la existencia de urgencia o necesidad.

Casi, pero no todas (en gris claro, en el cuadro). Un detenido repaso por las disposiciones derogatoria única y finales pone de manifiesto que no se han modificado los arts. 42, 43 y 68 de la LHI ni el 139 del RH y por tanto, la solicitud de la anotación preventiva de demanda sigue el mismo régimen que conforme a la legislación procesal de 1881: sólo puede solicitarse y adoptarse una vez incoado el proceso. Y lo mismo cabe afirmar respecto de la anotación preventiva de demanda prevista en la LSA, pues la nueva ley no modifica ni su art. 121 ni el art. 155 RRM.

Tampoco pueden solicitarse antes del inicio del proceso, las medidas de protección del presunto incapaz —si bien, al igual que establece el art. 203.2 Cc derogado por la nueva ley, el art. 762.1 LEC 2000, permite al Juez adoptar de oficio, y solicitar al M.º Fiscal, las medidas de protección que estime necesarias antes de que el M.º Fiscal o los demás legitimados provoquen la incoación del proceso de incapacitación.

Y tampoco puede solicitarse previamente la adopción de alimentos provisionales o de otras medidas de protección del patrimonio del menor como medida cautelar en los procesos en los que se reclame la filiación, porque el art. 768 LEC 2000, exige que se haya incoado ya el proceso.

Aparentemente, se encuentran en la misma situación las medidas cautelares que pueden adoptarse conforme a la Ley de Patentes y Marcas. Sin embargo, y precisamente porque la Disposición Final Quinta.2 ha suprimido el párrafo 2 del

art. 133 Lpat, que es el que preveía la posibilidad de solicitar las medidas con carácter previo sin limitación alguna, creo que a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, sólo podrán solicitarse antes de la interposición de la demanda si, conforme a lo dispuesto en su art. 730, concurren razones de urgencia que hagan aconsejable no esperar hasta la interposición de la demanda.

La nueva redacción dada al art. 21 LPH permite al demandante solicitar la adopción del embargo preventivo una vez incoado el proceso monitorio para la reclamación de las cantidades adeudadas a la comunidad. Si bien esta petición sigue un régimen temporal distinto, pues podrá solicitarse una vez incoado el proceso cuando, reclamado el pago de la cantidad debida, el deudor se oponga y, por tanto, el procedimiento se convierta ya en un proceso ordinario.

Por último, el art. 730 LEC 2000, desdiciendo un poco lo dispuesto en el art. 722.1, permite que se soliciten medidas cautelares con carácter previo cuando se haya instado la formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En efecto, de la lectura del art. 722.1 se deduce que para poder solicitar medidas cautelares con relación a procesos seguidos ante órganos jurisdiccionales extranjeros o en procedimientos arbitrales es necesario que el solicitante acredite que es parte en el proceso. Y no obstante, el art. 730 ordena el mantenimiento de las medidas adoptadas previamente siempre que en el plazo de 20 días el solicitante haya llevado a efecto las actuaciones necesarias para poner en marcha el procedimiento arbitral.

A la vista de lo expuesto, resulta evidente que con la nueva ley los futuros solicitantes de medidas cautelares se verán perjudicados respecto de la situación procesal anterior, al tener que acreditar la urgencia para poder solicitar una medida cautelar con carácter

previo, pero también se verán beneficiados, porque medidas que antes no podían solicitarse con anterioridad a la interposición de la demanda, a partir de la entrada en vigor de la nueva ley si podrán pedirse si existen razones de urgencia para su adopción. Y quien resulta más beneficiado es, indudablemente, el demandado.

2. ¿CUÁL ES EL PLAZO DE RATIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS ACORDADAS ANTES DE LA INICIACIÓN DEL PROCESO?

Basta mirar el cuadro precedente para comprender las diferencias y, sobre todo, la dificultad en establecer una norma general; al contrario, es necesario un no pequeño esfuerzo de retención memorística, sino de los plazos concretos, si de la existencia de disposiciones específicas diversas sobre la extensión del plazo de ratificación de la medida adoptada antes de la interposición de la demanda.

Con la entrada en vigor de la LEC 2000 se unificará la duración del plazo de mantenimiento de la medida acordada previamente en casi todas las medidas; plazo que se establece en 20 días y cuyo término inicial es el día en que el juez o tribunal dicte el auto de estimación de la solicitud.

No obstante, siguen con un plazo distinto las medidas cautelares adoptadas en procesos matrimoniales —se amplía a 30 días, por expresa disposición de los arts. 104 Cc y 771.5 LEC 2000— y las acordadas conforme a la Ley de Patentes y Marcas, pues al no haberse modificado lo dispuesto en el art. 139 de la ley de patentes, el plazo de ratificación se amplía a 2 meses.

3. ¿ES POSIBLE SOLICITAR MEDIDAS CAUTELARES DESPUÉS DE INCOADO EL PROCESO?

El legislador de 1881 omite cualquier referencia a la posibilidad de solicitud de medidas cautelares con posterioridad a la interposición de la demanda, si bien hace alusiones veladas en el embargo preventivo y en las innominadas pero se ha entendido comúnmente que éstas están pensadas, sobre todo, para la tramitación de la primera instancia; quizá porque una vez obtenida la primera sentencia estimatoria, resulta más ventajoso para el litigante vencedor solicitar su ejecución provisional a tenor de los arts. 385 y 1722 LEC.

No obstante, la posibilidad de solicitar medidas cautelares durante la tramitación de la segunda instancia o del recurso de casación trae causa también de los caracteres de las medidas, en concreto, de nuevo, de la pendencia. Si la existencia de la medida cautelar depende de la existencia y pendencia del proceso principal no existe ningún argumento que pueda oponerse para que, solicitadas o no durante la primera instancia, puedan solicitarse durante la segunda o durante el recurso de casación. Es más, la propia existencia de una sentencia estimatoria de la demanda, permite ofrecer una expectativa de obtención de sentencia firme favorable de la que quizá se carecía durante la primera instancia y augurar una mayor situación de riesgo genérica.

La LEC 2000 altera bastante este panorama, pues sólo permite la solicitud posterior a la interposición de la demanda, incluida la tramitación del recurso, cuando el solicitante justifique que por variación de las circunstancias se hace necesaria la adopción en ese momento —art. 730.4—. Este cambio, en principio, no creo que pueda estar motivado exclusivamente por la existencia de una sentencia estimatoria, pues, como luego se comprobará, la situación de riesgo necesaria para la

adopción de las medidas cautelares ha dejado ya de ser genérica en la mayor parte de los supuestos.

De ahí también que, denegadas las medidas cautelares solicitadas antes de la interposición de la demanda, sólo un cambio de circunstancias podrá justificar una petición posterior, ya en la propia demanda, ya con posterioridad a su interposición.

Lo dispuesto en este precepto no resulta de aplicación a las medidas adoptables en procesos matrimoniales, pues al no haberse modificado, los arts. 103 y 104 Cc. determinan que el cónyuge puede solicitar la adopción de dichas medidas antes, con o después de la interposición de la demanda sin límite legal alguno. Ahora bien, el art. 772 LEC 2000 sólo permite la modificación de las adoptadas previamente cuando el juez de oficio considere que deben completarse o modificarse; del mismo modo que limita la solicitud de las medidas en la demanda o con posterioridad a ella, cuando no se hubieren acordado previamente.

La razón de este cambio puede encontrarse en un examen histórico de la situación legal anterior a la promulgación de la Ley 31/1981 de 7 de julio.

Hasta esa fecha, la LEC 1881 permitía que se pudieran adoptar este tipo de medidas en dos momentos tan diferenciados que la legitimación, el contenido de las medidas y el procedimiento a seguir presentaban grandes y sustanciales diferencias.

En efecto, cuando las medidas se solicitaban antes de la interposición de la demanda, la única legitimada era la esposa, los hijos menores de 7 años siempre quedaban bajo su guarda y custodia y al esposo tan sólo se le concedía audien-

cia cuando se le pedían auxilios económicos, siempre que acudiera a la primera citación judicial —arts. 1881 a 1883—. Por el contrario, cuando las medidas se solicitaban en la propia demanda o con posterioridad, cualquiera de los cónyuges podía solicitar la adopción de medidas provisionales, cualquiera de ellos podía solicitar y obtener la guarda y custodia de los hijos y cualquiera de ellos podía también solicitar la prestación de alimentos —arts. 1886 y ss.—⁶.

Resultaba, por tanto, lógico que las medidas adoptadas antes de la interposición de la demanda pudieran variarse una vez presentada ésta, a fin de poder acordar medidas más acordes con la situación matrimonial y paterno-filial y derivadas de la amplitud de lo dispuesto en los arts. 1886 y ss.

Con la promulgación de la Ley 31/81, la situación varió sustancialmente al quedar tácitamente derogados —al menos, así se consideró mayoritariamente— los arts. 1881 a 1883; se fundaba esta derogación en razones de orden constitucional y en la nueva redacción de los arts. 103 y 104 Cc que no hacían distinción alguna entre medidas previas y coetáneas por mor de la legitimación para su solicitud o de su contenido; en que la DA 4ª sólo remitía a los arts. 1884 y 1885 LEC para la adopción de las medidas con anterioridad a la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio y en que, consecuentemente y cualquiera que fuera el procedimiento que se estimara procedente para su adopción, la audiencia del otro cónyuge estaba garantizada.

No obstante, a pesar de que ya hace tiempo que ha perdido toda justificación, sigue manteniéndose sin grandes proble-

⁶ Al menos, a tenor de lo dispuesto por la ley. Otra cosa, era (y aún sigue siendo) que la práctica judicial estuviera muy influenciada por la situación social y económica de las mujeres y del «agravio histórico» que éstas habían venido sufriendo y que, en consecuencia, fuera la mujer quien mantuviera la guarda y custodia de los hijos menores y las prestaciones alimenticias.

mas que es posible solicitar medidas en la demanda, aún cuando se hayan solicitado con anterioridad a ella.

La LEC 2000 hace desaparecer radicalmente esta interpretación, quizá porque ya no existe ningún género de dudas en torno a que cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su adopción y a que serán oídos ambos⁷.

En esta ocasión, la reforma introducida por la LEC 2000 beneficia, sin ningún género de dudas la posición del demandado o, mejor dicho, del sujeto que sufre la medida cautelar, pues limita mucho las amplias posibilidades de adopción tardía y de modificación posterior y, en consecuencia, obliga al demandante a planear previamente y con visión de futuro su actividad procesal posterior.

⁷ Es de esperar que la práctica judicial se adapte pronto a esta nueva situación.

III

CAPACIDAD DE POSTULACIÓN
PARA LA SOLICITUD
DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

por medio de procurador. Con relación a medidas cautelares en procesos especiales, la capacidad de postulación requerida será también la que rija para el proceso principal. Y esta solución debe aplicarse cualquiera que sea el momento procesal en el que se soliciten dichas medidas cautelares.

Las únicas excepciones se encuentran (en el cuadro con recuadros y rayas oblicuas) en el embargo preventivo, alimentos provisionales y diligencias urgentes previas al juicio que pueden solicitarse sin necesidad de estar representado por procurador —art. 4.4 LEC—; y en la adopción de medidas urgentes, sin especificar cuáles sean, que pueden solicitarse sin necesidad de estar asistido por abogado —art. 10.3 LEC—; en la solicitud de medidas cautelares en procesos matrimoniales realizada antes de la interposición de la demanda, para la que también se reconoce a los cónyuges capacidad de postulación —art. 1884 LEC por remisión de la DA4ª Ley 30/81 de 7 de julio—; si estas medidas se solicitan en la demanda o con posterioridad a su admisión, el legislador expresamente exige que las partes se encuentren asistidas de letrado y representadas por medio de procurador —art. 1895 LEC— (en el cuadro con rayas verticales).

2. EN LA LEC 2000

Con la nueva ley la situación ha variado muy poco, pero sí algo. La omisión del legislador se integra también acudiendo a las normas generales y éstas determinan que la dirección técnica del abogado y la representación del procurador son necesarias (arts. 23.1 y 31.1, respectivamente), salvo que el legislador las exceptúe en procedimientos concretos o para actuaciones determinadas. Si las medidas cautelares son una incidencia del proceso en el que se adoptan, la capacidad de postulación seguirá el mismo régimen que en el proceso prin-

cial y sólo será contingente en los juicios verbales por cuantía inferior a 150.000 pts. y en el escrito inicial del proceso monitorio —arts 23.2.1º y 31.2.1º—.

Este régimen es también aplicable a la anotación preventiva de demanda regulada en los arts. 42 y 68 LHI y 139 RH, 121 LSA y 155 RRM que, como ya hemos visto no han sido modificados. Puesto que el legislador no establece ninguna alteración, la aplicación de lo dispuesto en los arts. 23.1 y 31.1 resulta evidente.

Las únicas excepciones a este régimen general se encuentran en la solicitud de medidas urgentes previa a juicio —que, obsérvese, tampoco ahora se dice cuáles son— y en la solicitud previa al juicio de medidas cautelares en procesos matrimoniales. En ambos supuestos, los arts. 23.2.3º, 31.2.3º y 771, reconocen capacidad de postulación al solicitante de la medida; sólo a él y sólo para presentar la solicitud; para la tramitación del incidente de adopción de la medida, para su impugnación o modificación, se requiere la dirección del abogado y la representación del procurador si en el proceso principal estas son necesarias.

IV

FUMUS BONI IURIS
EXIGIBLE PARA SU ADOPCIÓN

cuantías debidas a la comunidad de propietarios —art. 20.2 LPH—.

Para la adopción de las medidas previstas en las leyes de patentes y marcas —art. 133 Lpat— el legislador exige que el solicitante acompañe la certificación en la que conste la explotación de la patente o marca y en las previstas en la LPI —art. 142— que acredite ser titular de un derecho reconocido por la ley de propiedad intelectual⁹.

En el cuadro aparecen con fondo azul las previsiones legales respecto de las medidas previstas en la ley de competencia desleal, general de publicidad y la de suspensión del acuerdo de la comunidad de propietarios.

Las medidas previstas en la ley de competencia desleal y en la general de publicidad se adoptan acudiendo íntegramente al art. 1428 LEC y, por tanto, su adopción requerirá los mismos presupuestos que las innominadas. No obstante, si se analizan las situaciones que permiten la adopción de la medida cautelar, las medidas que pueden solicitarse y la situación de riesgo exigida, se concluirá fácilmente que no es posible acreditar a través de un principio de prueba por escrito —al menos, no lo será en la generalidad de los casos— del que se desprenda la expectativa de obtención de una sentencia favorable frente a los actos vulneradores de lo dispuesto en estas leyes; en cualquiera de estos casos, y al igual que ocurre con relación a la propiedad intelectual, la petición de la medida cautelar no trae causa de una obligación que se afirma existente, sino de la realización de conductas que el demandante estima que suponen la vulneración de los derechos derivados de su inscripción, de la competencia leal o de la publicidad lícita.

⁹ Y en una situación similar se encuentra el embargo preventivo practicado sobre buques extranjeros, pues el art. 1 Ley 2/67, de 8 abril, prescribe que «basta que se alegue el derecho o créditos reclamados (...)» (La cursiva es nuestra).

En idéntico sentido, aún cuando se considere que la suspensión cautelar del acuerdo de la comunidad de propietarios debe integrarse en el art. 1428 LEC, resulta también muy difícil pensar en la posibilidad de aportar un principio de prueba por escrito del que se desprenda la contravención legal o estatutaria del acuerdo impugnado o el grave perjuicio que su ejecución puede producir en los intereses y derechos del comunero demandante.

En los demás casos, el legislador no hace referencia alguna a la exigencia de un principio de prueba por escrito como presupuesto para la adopción de la medida cautelar solicitada. Lo que es lógico dadas la situación jurídica cautelable y el riesgo que se quiere conjurar con la anotación preventiva cuando no se reclama la propiedad de un inmueble —art. 43 LHI—, o cuando se pretende la anotación en el registro mercantil de la demanda de impugnación del acuerdo adoptado por la sociedad anónima —arts. 121 LSA y 155 RRM—; con la adopción de medidas personales en procesos matrimoniales —arts. 103, 104 Cc y 1886 y ss LEC—, de filiación —art. 128 Cc—, de incapacitación —arts. 199 y ss Cc—; con la suspensión cautelar del acuerdo adoptado por la sociedad anónima —art. 120 LSA—.

2. Tras la entrada en vigor de la LEC 2000 será necesario que la solicitud de una medida cautelar, de cualquiera en principio, vaya acompañada de una justificación cumplida, preferible, pero no necesariamente, documental de la que se desprenda «un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión» (art. 728.2).

A pesar de todo, permanecerán vigentes dos situaciones distintas. Una, en la que no será necesaria la justificación cumplida; otra, en la que será necesario que esta justificación tenga un soporte documental.

No será necesaria la justificación cumplida cuando se soliciten medidas en procesos matrimoniales, en filiación e incapitación —arts. 771, 762 y 768 LEC 2000—; la anotación preventiva de demanda cuando no se reclame la propiedad de un bien inmueble —art. 43 LHI— y la anotación de la demanda de impugnación del acuerdo de la sociedad anónima —art. 121 LSA y 155 RRM—.

Será necesario un principio de prueba por escrito para solicitar la anotación preventiva de demanda cuando se reclame la propiedad de un bien inmueble —art. 43 LHI— y cuando se pretenda la adopción de las medidas previstas en las leyes de patentes y marcas, pues el nuevo art. 133 Lpat. requiere que el solicitante de la medida justifique la explotación a través de la certificación expedida por el organismo correspondiente —arts. 83 y 84 Lpat.—

Por último, aunque el art. 20 de la LPH no ha sido modificado y aunque en él se establece que la certificación del acuerdo de la Junta que apruebe la liquidación de la deuda reclamada será suficiente a los efectos del art. 1400.1 LEC para solicitar el embargo preventivo, esta remisión deberá hacerse al art. 728 y, en realidad no supone ninguna alteración a lo dicho anteriormente.

De nuevo la valoración de la reforma desde el punto de vista de los litigantes resulta ambivalente. De una parte, se beneficia al solicitante de la medida cautelar, al eximirle de la necesidad de acreditar las expectativas de obtención de una sentencia favorable sólo a través de un principio de prueba por escrito; aunque con relación a algunas medidas concretas, resulte perjudicado pues con la ley de 1881 no se le exigía la aportación del *fumus boni iuris*. Y, de otro, desmejora la posición del demandado, pues sufrirá la adopción de medidas cautelares en supuestos que, bajo la vigencia de la ley de 1881, no permiten la tutela cautelar, sino es acudiendo al art. 1428 LEC.

SITUACIÓN DE RIESGO EXIGIBLE PARA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA

V

CUADRO COMPARATIVO

Situación de Riesgo	Medida
Título ejecutivo, con o sin fuerza ejecutiva (debido a la cuantía) y documento privado reconocido: Genérica. Documento privado firmado por un tercero: Específica: incompatible con el art. 1400.2º	Embargo preventivo —arts. 1400 y 1401 LEC— Cualquiera que sea el proceso en el que se adopta
Situaciones específicas previstas en el art. 1400.2º	Anotación preventiva —art. 42LH— Depósito de cosa mueble —art. 499 LEC— Intervención judicial —art. 1418 LEC— Medidas inmatriculadas —art. 1428 LEC— Propiedad intelectual —art. 141 LPI— P. matrimoniales —arts. 103,104 Cc— P. incapacitación —art. 199 y ss. Cc— P. Filiación —art. 128 Cc— Competencia desleal —art. 25 LCD— Publicidad —art. 30 Lpub— Suspensión acuerdo S.A. —art. 120 LSA— Anotación preventiva S.A. —arts. 121 LSA y 155 RRM— Suspensión acuerdo P.H. —art. 164 LPH. Embargo preventivo PH —art. 202 LPH y 1400.2 LEC— Patentes y marcas —art. 133 a 135 Lpat— LEC/2000 —arts. 730 y ss LEC/2000— Aplicable a todas, salvo
Indicios de realización de un hecho de competencia desleal o inminencia del mismo	Justificación de riesgo de realización de conductas que puedan impedir o dificultar la efectividad de la posible sentencia de estimatoria de la demanda. No se adoptarán cuando supongan la alteración de situaciones fácticas consentidas durante largo tiempo, salvo alteración de las circunstancias.
Genérica	P. Matrimoniales —ex art. 87 Cc— P. Incapacitación P. Filiación Anotación preventiva —arts. 121 LSA y 155 RRM, 42 LHI— Suspensión acuerdos —arts. 164 LPH y 120 LSA— Genérica
Específicas situaciones previstas en el art. 1400.2	Genérica
Genérica	Genérica

COMENTARIOS

En este cuadro aparecen en verde las medidas cautelares para cuya adopción el legislador no exige —con la legislación procesal coetánea con la LEC 1881— ninguna situación de riesgo específica, sino que basta la pendencia del proceso; es suficiente la necesidad de que transcurra el tiempo que media entre el inicio del proceso y la resolución firme que le ponga fin para que exista el riesgo de que el deudor realice actos, incluso lícitos, que pongan en peligro la efectividad de la posible sentencia estimatoria que en su caso recaiga.

En este apartado deben incluirse la anotación preventiva de demanda sobre bienes inmuebles —arts. 42 y 68 LHI, 139 RH— y la de demanda de impugnación del acuerdo de la sociedad anónima —art. 121 LSA y 155 RRM—. La razón, en ambos casos descansa en los efectos frente a terceros de lo que consta en el registro y en la eficacia de los derechos ejercidos al amparo de esta publicidad.

Tampoco es necesaria la concurrencia de una situación de riesgo específica para la adopción de las medidas personales en procesos matrimoniales. Sin embargo, sí es necesaria la decisión previa de los cónyuges de vivir en diferentes domicilios; a raíz de esta decisión es necesario proveer a la guarda y custodia de los hijos menores, a las prestaciones económicas a favor de éstos o del cónyuge, a la atribución del domi-

cilio familiar y al régimen de visitas del progenitor que no convive con los hijos menores —ex art. 87 Cc—¹⁰.

La adopción de medidas de protección del presunto incapaz y de sus bienes requiere que el juez estime la existencia de una causa de incapacitación —art. 203 Cc—; las de protección de la persona y bienes del menor que cuestiona o frente al que se cuestiona la filiación, frente a la representación otorgada por ley a quien aparece registralmente como progenitor y en principio, por tanto, ostenta la patria potestad —ex art. 154 Cc—; la asignación de pensiones alimenticias durante la tramitación del proceso en el que se reclama una determinada filiación, de la existencia de necesidades de este tipo.

La situación de riesgo es absolutamente genérica para la adopción de la intervención judicial —art. 1419 LEC—¹¹; de las medidas innominadas —art. 1428 LEC—; de las previstas en la ley general de publicidad —art. 30—; de la suspensión del acuerdo de la sociedad anónima —art. 120 LSA— o de la comunidad de propietarios —art. 16.4ª LPH—; las previstas en

¹⁰ Esto justifica que, frente a opiniones contrarias, consideremos que las medidas personales y algunas de las reales previstas para estos procesos no puedan ni acordarse de oficio ni acordarse a solicitud del M.º Fiscal, pues sólo tienen razón de ser si los cónyuges deciden vivir en domicilios separados. Las únicas medidas que podrían adoptarse a pesar de esta convivencia serían las que afectan a la custodia y guarda de los hijos y a la privación de la patria potestad, pero para ello sería necesario que existiera un *plus*; que la convivencia de los hijos con sus progenitores supusiera para aquéllos un grave perjuicio físico, moral o psíquico (cfr. art. 103.1ª.2 Cc).

¹¹ Incluso cuando la administración judicial recaee sobre empresas, pues a tenor de lo dispuesto en el art. 1.º del Decreto-ley 18/69, de 20 de octubre, el Juez, de oficio o a petición del M.º Fiscal, «atendidas las circunstancias en las que puedan encontrarse los titulares de los bienes embargados y la naturaleza de éstos, considerase conveniente, en salvaguarda del interés general...» puede o bien ratificar la administración existente en la empresa embargada, o bien nombrar a una o varias personas para que se encarguen de esta administración (art. 2 D-L 18/69).

las leyes de patentes y de marcas —arts. 133 a 135 y 136 Lpat—, salvo que el demandado se encuentre amparado por un derecho fundado en una utilización anterior —arts. 133 a 135 y 136—.

Dada la compleja redacción de los arts. 1401 y 1402 LEC la situación de riesgo exigida para la adopción del embargo preventivo admite varias interpretaciones. Lo cierto es que el párrafo 2 del art. 1401 LEC permite colegir, sin lugar a dudas, que no será necesaria la concurrencia de una situación de riesgo específica cuando el título presentado sea uno de los señalados en los números 1.º (escritura pública 1.ª o ulterior copia expedida por orden judicial), 4.º (letra de cambio, pagaré o cheque), 5.º (títulos nominativos o al portador que representaran obligaciones vencidas), y 6.º (pólizas originales de contratos mercantiles) del art. 1429 y de ellos se desprenda la existencia de una deuda por cantidad inferior a 50.000 pts. No obstante, aunque el legislador no reformó este precepto al introducir un nuevo título ejecutivo en el n.º 7 del art. 1429 LEC, el mismo tratamiento merece este documento.

La duda se plantea al determinar si los títulos ejecutivos que por disposición expresa de la ley completan la enumeración del artículo 1429 LEC¹², están también exentos de la concurrencia de la situación de riesgo prevista en el art. 1400.2º LEC. Creo que la respuesta debe ser positiva. Las mismas razones que justifican la exención en el caso previsto, la justifican con relación a estos títulos regulados fuera del art. 1429

¹² Por ejemplo, el título al que se refieren el art. 16.2.d) y la DA 1ª.3.c) de la Ley 29/1998, de 14 de julio, de venta de bienes muebles a plazos; el dictamen pericial ratificado al que se refiere el art. 15 del Texto refundido de la Ley de uso y circulación de vehículos de motor, Decreto 632/68 de 21 de marzo; o el contrato de seguro o aval junto con el documento fehaciente que acredite la no iniciación de las obras, previsto en el art. 3 de la Ley 57/68, de 27 de julio, de viviendas. Títulos estos que permiten el acceso directo al juicio ejecutivo, si bien con ciertas especialidades.

LEC pero a los que el legislador reconoce idéntica fuerza ejecutiva.

Si éste es el tratamiento que merece un título que no resulta ejecutivo sólo por la cuantía, la lógica jurídica exige que se aplique también al título que sí tiene fuerza ejecutiva por que de él se desprende la existencia de una deuda por cantidad superior a 50.000 pts; inferior incluso cuando la fuerza ejecutiva del título no se delimita por una cuantía determinada¹³. Es más, el mismo régimen deberán recibir los títulos de los números 2 y 3 del art. 1429 —documento privado reconocido y reconocimiento judicial de firma o de la certeza de la deuda— si van acompañados del auto judicial que se emita tras la práctica de las diligencias preparatorias y que les confiera fuerza ejecutiva, en todos aquellos casos en los que, después de practicar cada la diligencia preparatoria, el acreedor no inste el juicio ejecutivo común y prefiera acudir al proceso de declaración —este sentido cabe también deducirlo de la redacción del párrafo 5 del art. 1401 LEC—.

Lo que ya no resulta tan claro es si se exime de tener que alegar y probar la existencia de la situación de riesgo específica prevista en el n.º 2.º del art. 1400 LEC al acreedor que aporte un documento privado firmado por el deudor. La respuesta, a mi juicio, debe ser negativa, pues la apariencia del título no le otorga fuerza ejecutiva sin el previo reconocimiento del deudor.

Creo, no obstante, que en el supuesto previsto en el párrafo 4.º, si se exime de la concurrencia de las situaciones pre-

¹³ Si, como afirma Ortells Ramos, el régimen especial previsto en el párrafo 2 del art. 1401 LEC se justifica en el tratamiento privilegiado que merecen los títulos que por su apariencia tienen fuerza ejecutiva pero por la cuantía que delimita el ámbito del juicio ejecutivo común no permiten eludir el proceso de declaración. MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO, *Derecho Jurisdiccional*, II. El Proceso Civil, 8.ª ed., Valencia, 1998, pág. 653.

vistas en el 1400.2.º al acreedor que posee un documento firmado por un tercero, siempre que el deudor no comparezca al llamamiento judicial para reconocimiento del documento. Aunque en este caso, esta incomparecencia al llamamiento judicial es lo que constituye la situación de riesgo específica.

¿Y qué ocurre cuando el embargo se solicita en el proceso de reclamación de las cantidades debidas a la comunidad de propietarios? Si tenemos en cuenta que el art. 20.2 LPH tan sólo hace referencia al título; que remite al embargo preventivo de la LEC, pero que no hace ninguna alusión al art. 1401 y que este título no incorpora en ningún caso la firma del presunto deudor, parece lógico pensar que será necesaria la concurrencia de alguna de las situaciones de riesgo previstas en el art. 1400.2.º LEC¹⁴.

En el cuadro, se muestran sin color, las medidas cautelares para cuya adopción se exige la concurrencia de una situación de riesgo específica.

Así, tanto para adoptar un embargo preventivo —en los casos no señalados anteriormente— como para adoptar el depósito de cosa mueble, por remisión del art. 499 LEC, el legislador exige que el deudor se encuentre en alguno de los supuestos establecidos en el art. 1400.2.º LEC; para adoptar alguna de las medidas previstas en la ley de propiedad intelectual es necesario que se acredite la infracción a la ley o el temor racional y fundado de que se va a producir dicha infracción —art. 141 LPI—; para la adopción de las medidas previs-

¹⁴ Distinta es la situación prevista por el art. 1 de la Ley 2/67, pues en él el legislador no establece unas situaciones de riesgos detalladas, ni siquiera genéricas. Y, además, limita la oposición del embargado, pues sólo le permite aducir la infracción de lo relativo al F.B.I. a la fianza y, por remisión del art. 2, a las limitaciones establecidas en el art. 3 del Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952 —art. 3 Ley 2/67—.

tas en la ley de competencia desleal, que se justifique la existencia de indicios de realización de un hecho de competencia desleal o la inminencia del mismo —art. 25—.

Y, por último, se resalta en amarillo, la situación de riesgo exigida para la adopción de medidas cautelares a partir de la entrada en vigor de la LEC 2000. En el art. 730 el legislador exige que el solicitante de la medida justifique la realización de conductas que puedan impedir o dificultar la efectividad de la posible sentencia estimatoria de la demanda. Y prevé expresamente la denegación de la medida solicitada cuando suponga la alteración de situaciones fácticas consentidas durante largo tiempo, salvo que se acredite también una variación de las circunstancias.

A partir de la entrada en vigor de la LEC 2000 permanecerán vigentes las situaciones de riesgo genéricas exigidas para las anotaciones preventivas conforme a lo dispuesto en los arts. 42, 43 y 68 LHI y 139 RH y 121 LSA y 155 RRM —que no se han modificado—; para las medidas en procesos matrimoniales, de filiación y de incapacitación —arts. 771, 762 y 768 LEC 2000— y para la suspensión cautelar de los acuerdos adoptados por la sociedad anónima —art. 120 LSA— y por la comunidad de propietarios —art. 16.4ª LPH— que tampoco se han modificado.

Claramente ahora es el demandado quien más directamente se beneficia con la reforma; la situación más usual con arreglo a la LEC 1881 es, como puede comprobarse, la exigencia de una situación de riesgo genérica, la simple pendencia del proceso y, a partir de la entrada en vigor de la LEC 2000, sólo tendrá que soportar la tutela cautelar cuando el solicitante logre acreditar la realización de conductas que puedan impedir o dificultar la efectividad de la potencial sentencia. Se ha generalizado, pues, la exigencia de un *periculum in mora* específico —aunque no tan pommenorizado como, por ejemplo, en el art. 1400.2º para embargo preventivo—.

PRUEBA DE LA CONCURRENCIA O AUSENCIA DEL *FUMUS BONI IURIS* DEL *PERICULUM IN MORA*

VI

CUADRO COMPARATIVO

Medios de prueba admisibles	Medida
No prevista la posibilidad de prueba en el incidente para la adopción, para la impugnación o en el recurso	Embargo preventivo —arts. 1397 y ss LEC— Anotación preventiva de demanda —arts. 42, 43, 68 LHI y 139 RH— Depósito de cosa mueble —art. 499 LEC— Intervención judicial de bienes litigiosos —arts. 1419 y ss LEC— Anotación preventiva LSA —art. 121 LSA y 155 RRM— Suspensión acuerdo sociedad anónima —art. 121 LSA— Embargo preventivo PH —art. 20.2 LPH— Suspensión acuerdo PH —art. 16.4 LPH—
Prevista la práctica de prueba e inexistencia de restricciones a los medios utilizables por las partes	Inmóviles —art. 1428 LEC— P. matrimoniales —arts. 1896 y ss LEC— P. incapacidad —arts. 199 y ss CC— P. filiación —art. 128 CC— Competencia desleal —arts. 24 y 25 LCD y 1428 LEC— Publicidad —arts. 30 LGP y 1428 LEC— Patentes y marcas —arts. 134 y 135 Lpat—
Prevista la práctica de prueba de reconocimiento judicial	Propiedad intelectual —art. 142 LPI—
Prevista la posibilidad de que el Juez ordene de oficio los medios de investigación que estime pertinentes cuando el objeto a proteger sea un programa de ordenador	LEC/2000. Aplicable a todas sin excepciones —arts. 728 y 732
Prevista la práctica de prueba e inexistencia de restricciones a los medios utilizables por las partes	Prevista la práctica de prueba e inexistencia de restricciones a los medios utilizables por las partes

COMENTARIOS

En este cuadro se ofrece una visión rápida de las restricciones establecidas para que el acreedor pruebe la expectativa de obtención de una sentencia estimatoria de su demanda y la situación de riesgo específica exigida para la adopción de la medida cautelar o para que el deudor pruebe la no concurrencia de estos presupuestos procesales.

Indudablemente no nos referimos a la práctica de prueba que puede realizarse en el proceso principal sobre los hechos constitutivos, impositivos, extintivos o excluyentes de la pretensión ejercida, sino la que puede realizarse en el incidente previo a la adopción de la medida, en el posterior a ella cuyo objeto sea la impugnación de la medida adoptada o su modificación o su alzamiento por prestación de fianza. El objeto de este periodo probatorio está limitado a demostrar la concurrencia o la ausencia de los presupuestos de los que depende la adopción de la medida cautelar solicitada o acordada.

Incluso es posible pensar en la posibilidad de que se solicite la práctica de prueba durante la substanciación del recurso interpuesto contra el auto en el que se ordene la adopción de una medida cautelar, siquiera en aquellos casos en los que ésta se ha acordado sin dar audiencia al demandado, pues es el único momento en el que éste puede intentar desvirtuar las alegaciones y justificaciones aportadas por el demandante sobre la concurrencia de estos dos presupuestos específicos de las medidas cautelares.

Por otra parte, la posibilidad de que exista prueba está relacionada con la exigencia de la aportación del principio de prueba por escrito cuando así lo exija el legislador, pero creo que ésta aportación no excluye que el demandado pueda proponer prueba para desvirtuar su eficacia y el demandante para contrarrestar la prueba practicada por el demandado. E indudablemente debe admitirse la práctica de prueba en los casos en los no sea necesaria esta aportación para la adopción de la medida y para la prueba de la situación de riesgo específica alegada por el solicitante.

En el cuadro aparecen en gris las medidas cautelares para las que el legislador no ha previsto nada; ni siquiera la práctica de pruebas. Así, con relación al embargo preventivo, anotación preventiva, depósito de cosa mueble, intervención judicial, las previstas en la ley de sociedades anónimas y de propiedad horizontal. En todos estos casos, cabe aplicar las normas generales y admitir, no sólo la existencia de actividad probatoria, sino también la utilización de cualquier medio de prueba admitido en derecho.

De no ser así, podríamos encontrarnos con la siguiente situación:

Para la adopción del embargo preventivo el legislador exige, en algunos casos, que el deudor con domicilio en el lugar donde deba demandársele se haya ausentado sin dejar a nadie que sepa dar razón de su paradero. En estos casos, puede ser relativamente frecuente que el solicitante afirme la concurrencia de esta situación, pero que no aporte prueba alguna sobre su veracidad. Afirmar que no es posible la práctica de prueba ¿significa que no puede aportar ningún medio de prueba para demostrar esta situación de riesgo específicamente prevista? ¿Significa que el embargado no puede probar de ninguna forma la falsedad de tal alegación y, por tanto, que tiene que soportar un embargo ilícitamente solicitado y acordado?

Con relación a las medidas innominadas, en las de los procedimientos matrimoniales, de incapacitación y filiación y las previstas en la ley general de publicidad y de competencia desleal, de patentes y de marcas, el legislador ha previsto expresamente la práctica de pruebas y no ha señalado ninguna restricción¹⁵. Si por cualquier razón se restringieran los medios de prueba la situación podría ser la siguiente:

En la ley de patentes el legislador exige que el solicitante de las medidas acompañe su petición de la certificación expedida por el organismo correspondiente en la que conste la explotación de la patente y ésta signifique su ejecución dentro del territorio nacional y la comercialización del resultado. El plazo que se concede para esta explotación es de 4 años desde que se solicita la patente o de 3 desde que se publica en el boletín oficial de la propiedad industrial —art. 83 Lpat—. ¿No le es posible al demandado alegar y probar en algún momento de la pieza de medidas cautelares la vulneración de estos presupuestos? Es más, el art. 136.3 Lpat prescribe la denegación de la medida cautelar solicitada cuando el demandado esté amparado por un derecho fundado en una utilización anterior; si no se admite la práctica de prueba o se restringen los medios utilizables ¿cómo puede demostrar la improcedencia de la solicitada o de la acordada?

Y, por último, en la Ley de propiedad intelectual el legislador ha previsto que el Juez pueda acordar de oficio la práctica de dictámenes periciales u ordenar las investigaciones que estime necesarias cuando el proceso verse sobre protección de programas informáticos —art. 142.3, párrafo 2—. Y con relación a la actividad probatoria de las partes, parece sólo admitir la de reconocimiento judicial —art. 142.4— (con recuadros en el cuadro).

¹⁵ Por todos, vid. art. 1428 cuando afirma que el Juez «admitirá las pruebas que sean pertinentes».

Con la entrada en vigor de la LEC 2000 vuelve a unificarse este tratamiento legal. Los arts. 728 y 732 admiten la práctica de actividad probatoria sobre los presupuestos de los que depende la admisibilidad de cualquier medida que pueda adoptarse; sobre su idoneidad y su proporcionalidad; y no se establece ningún tipo de restricción a los medios de prueba utilizables por las partes, por ejemplo para que el demandado pueda probar una situación fáctica consentida por el solicitante y que con la medida cautelar se pretenda su alteración o para que el solicitante pueda probar la producción de circunstancias que determinen la revocación del consentimiento anterior (ex. art. 728).

Como siempre, existe alguna salvedad. Si bien en este caso, la conclusión es exactamente la misma. Recordemos que los arts. 42, 43 y 68 LHI y 139 del RH y el art. 155 del RRM no se han modificado, pero también que en estos preceptos el legislador no ha previsto nada expresamente relacionado con la práctica de actividad probatoria. En un sentido similar, el art. 133 Lpat, tras la redacción dada por la DF5ª LEC 2000, mantiene la necesidad de que el solicitante de la medida aporte la certificación de la explotación en el territorio nacional y de la comercialización de sus resultados en los términos del art. 83 Lpat; no obstante, no se establece ninguna salvedad a lo dispuesto por la LEC 2000 en relación con los medios de prueba para demostrar la inexistencia de alguno de estos presupuestos.

Ambas partes, solicitante de la medida cautelar y solicitado, resultan claramente beneficiadas por la nueva LEC. El solicitante de la medida, pues de forma clara y expresa se le permite que llegue a probar la concurrencia de la urgencia, de la apariencia de buen derecho y la situación de riesgo específica exigida para la adopción de la medida concreta a través de cualquiera de los medios admisibles y del que disponga. El demandado, porque goza de idénticos medios de defensa de forma clara y expresa.

VII

EXIGENCIA DE CAUCIÓN AL SOLICITANTE DE LA MEDIDA CAUTELAR COMO CONDICIÓN PARA SU ADOPCIÓN

CUADRO COMPARATIVO

<i>Medida</i>	<i>Necesidad</i>	<i>Tipo</i>
Embargo preventivo —arts. 1401 y 1402— LEC	Título ejecutivo + 50.000 pts: NO Otros títulos: Sí, salvo responsabilidad conocida	Todas La personal, bajo la responsabilidad del Juez
Depósito de cosa mueble —art. 499 LEC—		
Anotación preventiva —art. 42 LH y 139 RH—	Sí	
Intervención judicial —art. 1419 a 1427 LEC—		
Medidas innominadas —1428 LEC—	Sí	
Propiedad intelectual —art. 142.5 LPI—	Si el Juez la estima necesaria	Salvo personal
P. Matrimoniales —103, 104 Cc y 1994 y ss LEC—	No prevista	
P. Incapacitación —arts. 199 y ss. Cc—		
P. Filiación —Art. 128 Cc—		
Competencia desleal —art. 25 LCD y 1428 LEC—		
Publicidad —arts. 30 Lpub y 1428 LEC—	Sí	Salvo personal
Suspensión acuerdo S.A —art. 120 LSA—	Si, potestativa	Aval o caución
Anotación preventiva S.A. —art. 155 RRM—	Si el Juez la estima necesaria y la pide el demandado	
Embargo P.H.— art. 20.2 LPH—	Régimen del embargo preventivo	Régimen del embargo preventivo
Suspensión acuerdo P.H.—art. 16.4ª LPH—		
Patentes y marcas —art. 137 Lpat—	Sí	Salvo personal
Lec/2000 —arts. 728.3 y 529—: aplicable a todas salvo:	Sí	Dinero
Anotación preventiva LHI —art. 139 RH—	Si, si el juez la estima necesaria	Aval solidario indefinido y pagadero de forma inmediata
Anotación preventiva S.A —art. 155 RRM—	» » y la pide el demandado	Otras que el juez estime de suficiente disponibilidad
Propiedad horizontal —DF1ª.5 y art. 21 LPH—		
Filiación —art. 768—	No	
P. Matrimoniales P. incapacitación	No parece admisible que se exija caución, aunque no se excluye su necesidad	
Patentes y marcas —art. 137 Lpat.—	Sí	Salvo personal

COMENTARIOS

En este cuadro pretendo que resulte evidente la disparidad de criterios en cuanto a la caución, su exigencia o no y la clase de caución, para que se mantenga la medida cautelar acordada y la unificación que se opera con la LEC 2000.

1. Conforme a la legislación procesal coetánea a la LEC 1881 las situaciones son, de nuevo, muy variadas:

a) Necesidad o no de que el solicitante preste caución.

Con relación a algunas medidas cautelares el legislador es tajante: La medida cautelar sólo puede mantenerse si el solicitante presta caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse al demandado como consecuencia de una adopción indebida. En esta situación se encuentran las medidas innominadas, las previstas en las leyes General de Publicidad, de Competencia Desleal, de Patentes y de Marcas. Y, en todos estos casos, se admite cualquier tipo de fianza, excepto la personal (cfr. arts. 1428 LEC, 137 Lpat). También para que se proceda a la anotación preventiva de demanda es necesario que el solicitante preste caución, si bien no se establece ningún límite al tipo de caución admisible (cfr. art. 139 RH)¹⁶.

¹⁶ En idéntica situación se encuentra el embargo que recae sobre buques extranjeros, en aplicación lo dispuesto en la Ley 2/67, pues se condiciona a que el solicitante preste fianza «en cantidad suficiente para

En un segundo escalón se encuentran el embargo preventivo —salvo que el título sea ejecutivo—, las medidas preventivas en la ley de propiedad intelectual y en la ley de sociedades anónimas, para la suspensión del acuerdo impugnado y para la anotación preventiva de la demanda. Pues en todos estos casos, el legislador deja al arbitrio del juez determinar¹⁷ si la caución del solicitante es o no necesaria (o, como ocurre en el embargo, si el solicitante tiene o no responsabilidad conocida (cfr. arts. 1402 LEC, 142.5 LPI, 120.2 LSA, 155 RRM).

Por último, existe un nutrido grupo de medidas cautelares (con recuadros en el cuadro) para las cuales el legislador no ha previsto la exigencia de ninguna caución —embargo, cuando el título aportado sea ejecutivo¹⁸, medidas en procesos matrimoniales, incapacidad y filiación, intervención judicial y depósito de cosa mueble—, suspensión del acuerdo impugnado regulada en el art. 16.4^a LPH y embargo al que alude el art. 20.2 de esta misma ley.

Con relación a este último, el embargo adoptado en garantía de la efectividad de la posible sentencia que condene al pago de la cantidad reclamada por la comunidad de propietarios, la remisión que se hace al 1400 LEC debe ser suficiente para considerar que el régimen de la caución y las clases admisibles siguen el mismo régimen del embargo preventivo regulado en la LEC.

responder de los daños, perjuicios y costas que puedan ocasionarse; la fianza puede «ser de cualquiera de las clases que reconoce el derecho, incluso el aval bancario» —art. 1.º 2 Ley 2/67—.

¹⁷ Previa petición de parte, en la anotación preventiva de demanda en procesos de impugnación de acuerdos sociales —art. 155 RRM—.

¹⁸ El art. 1401 pfr.1 LEC, sólo señala que en estos casos «podrá, después, acordarse el embargo preventivo» lo que permite entender que puede adoptarse sin necesidad de que el solicitante preste caución o que este título sólo exime de la concurrencia de una situación de riesgo específica al poner este párrafo en relación con el siguiente.

En los restantes casos, es decir, cuando el legislador no excluya expresamente la condición de la caución, ni tampoco la establezca de forma expresa, habría que considerarla necesaria a la luz de la argumentación contenida en la sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Constitucional n.º 202/1987, de 17 de diciembre, en la que se sitúa dentro del derecho a la tutela efectiva no sólo la adopción de medidas cautelares, sino también que su adopción se condicione a la prestación de caución, pues de otro modo la pretendida igualdad de las partes ante este derecho desaparecería a favor del demandante —si no se le exige caución— o del demandado —si no se adopta la medida cautelar. La fianza, la caución, cumple la función de equilibrar las posiciones de ambas partes ante la tutela cautelar, con independencia del procedimiento a seguir para su adopción.

A pesar de esto, en algunas medidas (con rayas horizontales en el cuadro) es impensable la exigencia de caución (así, el internamiento del presunto incapaz, el nombramiento de una administración judicial de sus bienes o de los del menor que cuestiona su filiación, en la asignación de pensiones alimenticias, etc.). Aunque para alguna de las medidas que pueden adoptarse en ese tipo de procesos, sobre todo en los matrimoniales no haya por qué excluir de entrada la posibilidad de condicionar la adopción de medidas tales como la atribución del domicilio conyugal, la guarda y custodia de los hijos, el uso del mobiliario que hasta ese momento ha sido común, etc., a la prestación de una caución suficiente para garantizar la indemnización de los daños y perjuicios causados y que conlleve la desigualdad que se establece entre los cónyuges como consecuencia de la adopción de tales medidas.

b) Clase de caución admisible.

Este aspecto difiere también con relación a casi cada una de las medidas cautelares. En unos casos, —anotación preven-

tiva de demanda en el registro de la propiedad inmobiliaria y en el mercantil— no existen límites; así que serán de aplicación las normas generales¹⁹. En otros—suspensión cautelar del acuerdo de la sociedad anónima (art. 120 LSA)— se alude concretamente al aval o caución. En otros—medidas innovadas y previstas en la ley de propiedad intelectual, de competencia desleal, general de publicidad y de patentes y marcas (arts. 1428 LEC, 137 Lpat, 142.5 LPI— se excluye expresamente la fianza personal. En el embargo preventivo, por último, se permite cualquier tipo de caución, pero, si se admite la personal, es bajo la responsabilidad patrimonial del Juez (art. 1402 LEC)

2. El panorama variará sustancialmente tras la entrada en vigor de la LEC 2000. En primer lugar, porque para la adopción de casi todas las medidas será requisito necesario el ofrecimiento de caución y condición necesaria de su eficacia, su efectiva prestación—art. 728.3—. Y, en segundo lugar, porque siempre que se exija caución ésta puede consistir en la consignación de dinero; en el ofrecimiento de un aval solidario, de duración indefinida y pagadero de forma inmediata ante el primer requerimiento; o en otras que el Juez estime de suficiente garantía y disponibilidad—art. 529—.

• Quedan, no obstante, fuera de este régimen por expresa voluntad del legislador el embargo preventivo acordado en los procesos para la reclamación de las cantidades debidas a la comunidad de propietarios—nuevo art. 21 LPH; DF1ª.5 LEC 2000— y medidas adoptadas en procesos sobre filiación y que tiendan a procurar la protección del patrimonio y persona del menor sometido a la patria potestad de quien aparece como progenitor—art. 768.3, párrafo 3—. El legislador ha eximido

¹⁹ A tenor del art. 1854 Cc, la fianza personal debe reunir los requisitos establecidos en el art. 1828; también es admisible la fianza hipotecaria o garantizada con prenda—art. 1855 Cc—.

expresamente al solicitante de la medida de la obligación de prestar caución.

• No sabemos, si por olvido o por voluntad de que así sea, en la anotación preventiva adoptable conforme a los arts. 42, 43 y 68 LH y 139 RH, sigue sin estar prevista la necesidad de prestar caución; en la anotación preventiva regulada en el art. 155 RRM, sigue siendo potestativa (si el demandado la solicita y si el Juez la estima necesaria) y en la Ley de Patentes y en la de Marcas, es preceptiva, pero sigue excluyéndose expresamente la personal—art. 137 Ley de Patentes, no derogado ni modificado—.

En el primer caso, no existe duda alguna de que deberán aplicarse las disposiciones contenidas en la LEC: es necesario que se ofrezca y preste la caución prevista en el art. 728.3 de alguna de las clases detalladas en el art. 529.

En los otros dos casos, cabría argüir tanto que se trata de situaciones en las que el legislador ha previsto específicamente un tratamiento diferente²⁰, como que la Disposición Derogatoria Única.3 debe suponer la derogación tácita de estas normas en la medida en que se oponen a lo dispuesto en la LEC 2000²¹.

• Por último, no parece previsible que para la adopción de alguna de las medidas personales durante la substanciación del proceso matrimonial o las de protección del presunto incapaz

²⁰ Lo que, sin duda, nos exigiría preguntarnos por la justificación de este régimen legal diferenciado, sobre todo con relación a la anotación preventiva de la demanda de suspensión del acuerdo de la sociedad anónima impugnado.

²¹ Lo que no resulta muy lógico desde el punto de vista de la interpretación jurídica con relación a la ley de Patentes, puesto que el legislador ha derogado y modificado los artículos precedentes y ha dejado sin variación el art. 137; hecho que induce a descartar un «olvido».

sea necesaria la prestación de caución, como ya he señalado anteriormente (por esta razón aparecen también y de nuevo en el cuadro con rayas horizontales).

La balanza se inclina en este aspecto a favor del demandado. Cuando la medida cautelar se adopta sin exigir al solicitante la prestación de caución se produce, como hemos señalado antes, un desequilibrio entre ambas partes ante su derecho a la tutela judicial efectiva. Pero además, cuando la medida cautelar se alza, al estimarse la oposición o por finalización del proceso con una sentencia desestimatoria de la pretensión del demandante, el demandado no tiene más alternativa que iniciar el proceso de ejecución de la resolución que condene a aquél a indemnizarle los daños y perjuicios, con los avatares que pueden suponer las actuaciones de búsqueda, localización y traba de sus bienes. Por el contrario, si la medida cautelar se adopta bajo la condición de una caución, la resolución que ordena su levantamiento permite acudir ya directamente a su ejecución forzosa, pues ya están trabados los bienes necesarios para hacer frente a la indemnización.

Por otra parte la LEC 2000 instaaura como norma general lo que sólo estaba previsto para las innominadas y la anotación preventiva en la legislación coetánea a la LEC 1881: no se procederá a la práctica de ninguna actividad cautelar hasta que el demandante no haya hecho efectiva la caución exigida. El más beneficiado con relación a esto es el solicitado.

VIII IMPUGNABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN QUE ORDENA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

CUADRO COMPARATIVO

Medida	Mecanismo de impugnación	
	PREVIAS	SIMULTÁNEAS O POSTERIORES
Embargo preventivo —art. 1416, 381 LEC—	Incidente de oposición: 5 días desde la notificación del embargo Contra el auto resolutorio, recurso de apelación	
Depósito de cosa mueble —art. 499,380 y 381 LEC—	No previsto	
Anotación preventiva —arts. 42, 68 LH—		Apelación
Intervención judicial —art. 1420, 380 y 381 LEC—		No previsto
Medidas innominadas —1428 LEC—		
Propiedad intelectual —art. 142.3 LPI—	Apelación	
P. Matrimoniales —art. 1900 y DF4ª Ley 30/81—	Incidente de oposición. Contra el Auto resolutorio, recurso de apelación	
Competencia desleal —art. 25 LCD y 1428 LEC—		
Publicidad —art. 30 Lpub y 1428 LEC—	Apelación	
P. Incapacitación —arts. 199 y ss. Cc, 380, 381 LEC—		No previsto
P. Filiación —arts. 128 Cc, 380, 381 LEC—		Reposición y, contra el auto desestimatorio, apelación
Suspensión acuerdo S.A —art. 120 LSA—		
Anotación preventiva —art. 121 LSA y 380 y 381—		No previsto
Suspensión acuerdo PH —art. 16.4ª LPH—		
PATENTES Y MARCAS —art. 136 Lpat, 380 y 381—		
Embargo preventivo P.H —art. 20.2 LPH—	Sigue el mismo régimen que en el embargo preventivo	
LEC/2000	PREVIAS, SIMULTÁNEAS O POSTERIORES	
	CON AUDIENCIA DEL DEMANDADO	SIN AUDIENCIA DEL DEMANDADO
• Con carácter general: arts. 733, 735, 739 y 741	Recurso de apelación	Incidente de oposición. Contra el auto resolutorio, apelación
• Excepciones:	PREVIAS	SIMULTÁNEAS O POSTERIORES
Matrimoniales —art. 771, 773—	Inimpugnable	
Suspensión acuerdo S.A. —art. 120 LSA		Reposición y, contra el auto desestimatorio, apelación
Anotación preventiva —art. 68 LHI—		Apelación

COMENTARIOS

Como puede comprobarse, otro de los aspectos regulados con más disparidad en la legislación procesal coetánea a la LEC 1881 es el que hace referencia a la impugnabilidad de la resolución que estima la petición de la medida cautelar. Aspecto que, de nuevo, la LEC 2000 vuelve a tratar uniformemente.

1. Conforme a la legislación procesal coetánea a la LEC 1881, las situaciones pueden reconducirse a tres grupos:

PRIMERO (con recuadros en el cuadro): Supuestos en los que el legislador ha omitido cualquier referencia a la impugnación de la resolución que ordena la adopción de la medida cautelar²².

Tal es el caso de la intervención judicial de bienes litigiosos, el depósito de cosa mueble, las medidas adoptables en procesos de filiación e incapacidad, las previstas en las leyes de patentes y marcas y anotación preventiva de demanda de impugnación del acuerdo de la sociedad anónima acordada conforme a los arts. 121 LSA y 155 RRM.

En cualquiera de estos casos, si la medida se acuerda sin dar audiencia al demandado, el auto es susceptible de reposición y, resuelta ésta, de apelación —ex arts. 380 y 381 LEC—;

²² Con rayado horizontal se resaltan las celdas referidas a las medidas que no pueden solicitarse con anterioridad a la interposición de la demanda.

si la medida se acuerda después de sustanciar un incidente, el auto será susceptible de recurso de apelación —ex art. 382 LEC—.

SEGUNDO (con rayas verticales en el cuadro): Supuestos en los que el legislador ha declarado la irrecurribilidad de la resolución que ordena la adopción de la medida cautelar, pero ha previsto su impugnación a través de la substanciación de un incidente.

Así ocurre con el embargo preventivo, adoptado con carácter general —arts. 1416 y ss LEC.— o en procesos en que se reclamen deudas a favor de la comunidad de propietarios —art. 20.2 LPH— y con las medidas personales adoptadas en procesos matrimoniales —art. 1900 LEC—.

En estos casos, la resolución que ordena la adopción de la medida no es recurrible, pero puede impugnarse substanciándose un incidente en el que, tras dar audiencia a ambas partes y practicar las pruebas que sean oportunas, por medio de auto (o de sentencia, si la remisión es en bloque al procedimiento incidental ordinario) se ordena el levantamiento, la modificación o el mantenimiento de la medida cautelar adoptada. Este auto es susceptible de recurso de apelación, bien por aplicación de las normas generales —arts. 381 y 758 LEC—, bien por disposición expresa del legislador.

Y, TERCERO (con rayas oblicuas en el cuadro): Supuestos en los que el legislador ha previsto expresamente la recurribilidad de la resolución que ordena la adopción de la medida cautelar y ha señalado específicamente el recurso procedente.

Contra el auto²³ que ordene la práctica de la anotación

²³ Aunque el art. 43 LHI prevé que la resolución revista la forma de providencia, la publicación de la LOPJ determina que esta resolución adopte la forma de auto.

preventiva cabe recurrir en apelación²⁴ —art. 68 LHI—. El auto que ordena la suspensión del acuerdo de la sociedad anónima puede recurrirse en reposición; la estimación del recurso es firme, la desestimación, recurrible en apelación —art. 120 LSA—. El auto que se pronuncia sobre la adopción de las medidas cautelares previstas en la ley de propiedad intelectual tras la celebración de la comparecencia es recurrible en apelación —art. 142.3 LPI—.

El auto que ordena la adopción de las medidas las innominadas —art. 1428 LEC—, las previstas en la ley general de publicidad y en la de competencia desleal, por aplicación de lo dispuesto para las innominadas —arts. 30 LGPub y 25 LCD—, es también susceptible de recurso de apelación, aunque una lectura apresurada pueda justificar la inclusión de estas medidas en el apartado anterior.

En efecto, el legislador establece en el párrafo 3 del art. 1428 LEC que «el deudor podrá oponerse a las medidas solicitadas o pedir que alcen las acordadas» a través de la comparecencia prevista en dicho precepto. No obstante, creo que no resulta lógico interpretar que este artículo permite al demandado discutir con el solicitante la concurrencia de los presupuestos y requisitos que la adopción de la medida exige para intentar que el juez dicte un auto desestimatorio de las medidas solicitadas; y, si a pesar de esto, el juez ordena la adopción de las medidas, interponer recurso de apelación y si el resultado de la apelación es insatisfactorio para él, entonces volver a provocar la tramitación del incidente previsto en dicho precepto.

Creo que la solicitud de alzamiento de las acordadas quedará restringida a dos supuestos: 1) cuando no haya asistido

²⁴ Ahora bien, si aplicamos las normas generales de la LEC 1881, el precedente sería el de reposición y, resuelto éste, el de apelación (arts. 380 y 381 LEC). Puede entenderse que prevalece lo dispuesto en la LHI por tratarse de una norma posterior a la promulgación de la LEC.

al acto de la comparecencia —por no haber podido ser notificado, por ejemplo— y por tanto no haya podido utilizar el recurso de apelación; si la incomparecencia es voluntaria y la no utilización del recurso también debe entenderse que se aquieta con la resolución judicial y que sólo podrá solicitar la modificación o el alzamiento por cambio de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción o por el ofrecimiento de caución sustitutoria. Y 2) porque después de la adopción de las medidas se haya producido una alteración de las circunstancias, de los presupuestos o requisitos necesarios para su adopción que hagan procedente, al menos a su juicio, su alteración o su alzamiento.

2. En la LEC 2000, el legislador no distingue a estos efectos entre medidas previas y simultáneas o posteriores, sino entre medidas adoptadas con audiencia del demandado y medidas adoptadas sin dar audiencia al demandado.

En el primer caso —que además constituye la regla general—, el auto en que se ordene la adopción de la medida es recurrible en apelación, que se admite en un solo efecto —art. 735—.

En el segundo, medidas adoptadas sin dar audiencia al demandado, el auto en que así se acuerde no es recurrible, pero sí impugnabile a través de un incidente de oposición. El auto que decida la oposición, sea estimatorio o desestimatorio, es recurrible en apelación que se admitirá también en un solo efecto —arts. 733 y 741—.

Este es el régimen de impugnación que van a seguir casi todas las medidas cautelares, incluso las que se adopten en procesos de incapacitación, porque el art. 762 remite expresamente a estos preceptos, si bien, cuando la medida cautelar se adopte de oficio y antes de la interposición de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 de este mismo precepto, el legislador no señala ni las causas ni el procedi-

miento que debe seguirse para su adopción, aunque puede deducirse que sólo razones de urgencia justifican la adopción de estas medidas de oficio y sin esperar a que, si quiera el Ministerio Fiscal, interponga la demanda.

La duda se plantea a la hora de determinar el procedimiento a seguir: ¿Procede la adopción sin dar audiencia al presunto incapaz y al Ministerio Fiscal, en caso de desconocerse la existencia de otros legitimados para la interposición de la demanda? En este caso, el auto en el que se adopte la medida es susceptible de recurso de reposición, por aplicación del art. 451 LEC. O, por el contrario, ¿procede considerar aplicable lo dispuesto en el art. 733 para la adopción de la medida cautelar sin audiencia del demandado, aunque el legislador no nos remita expresamente a él? De ser así, el régimen de impugnación del auto en el que se acuerden las medidas de protección de la persona o patrimonio del presunto incapaz, será irrecurrible, pero podrá impugnarse. Y contra el auto que resuelva el incidente de oposición, podrá interponerse recurso de apelación, conforme a lo dispuesto en los arts. 733 y 739 LEC.

Sin embargo, como ya hemos visto anteriormente, también en este tema existen sus excepciones que afectan a las siguientes medidas:

- El art. 768 no indica qué recurso puede interponerse contra el auto que ordena o que deniega la adopción urgente de medidas en los procesos de filiación. No es posible, por tanto, su apelación —ex art. 455 LEC—; sólo será susceptible de recurso de reposición. Sin embargo, si las medidas no tienen carácter urgente, el auto en que se acuerden es susceptible de oposición y el que resuelva ésta de apelación; el auto que las deniegue, directamente de apelación —arts. 733 a 736, por remisión expresa del art. 768 LEC—.

No creo que tenga mucha justificación este tratamiento procesal tan dispar.

- Las medidas adoptadas en los procesos matrimoniales: el auto que las acuerda es irrecurrible e inimpugnabile por disposición expresa del legislador en los arts. 771 y 773 LEC 2000.
- El auto que ordena la anotación preventiva demanda sobre bienes inmuebles, según lo previsto en el art. 68 LHI es recurrible en apelación.

Si aplicamos las normas generales de la LEC 2000, el auto sólo sería recurrible en reposición. Conforme al art. 451, los autos no definitivos (y éste no lo es) sólo son recurribles en reposición. El auto resolutorio de la reposición es recurrible en queja, pero sólo si el legislador lo ha previsto expresamente —art. 454— (y aquí no lo ha hecho). La apelación está vedada (que precisamente es el recurso que se declara utilizable), salvo que se considere que éste supuesto concreto tiene cabida la expresión del art. 455 «y aquéllos otros que la ley expresamente señale».

No creo que la entrada en vigor de la nueva LEC haya de suponer necesariamente la derogación tácita de las previsiones que, al menos, a este respecto, se contienen en la LHI y en el RH, debido a la DDÚnica.3. De ser así, y para evitar que esta resolución devenga firme tras su emisión, habrá que permitir el recurso de reposición de acuerdo con lo dispuesto en el art. 451 LEC 2000.

No obstante, me parece que no es descabellado sostener la apelabilidad de este auto, si tenemos en cuenta que en la regulación específica de las medidas cautelares está previsto que el auto que deniega la adopción sin audiencia del demandado

sea recurrible en apelación; que el auto que ordena o deniega la adopción con audiencia del demandado sea también recurrible en apelación —arts. 735, 736—.

- Puesto que en el art. 155 RRM no se hacía alusión alguna a recursos, el auto que ordene la anotación preventiva de la demanda de impugnación del acuerdo de la sociedad anónima —art. 121 LSA—, seguirá el régimen previsto en la LEC 2000. Y lo mismo ocurre con relación a la suspensión del acuerdo impugnado adoptado por la comunidad de propietarios —art. 16.4ª LPH—: si la medida se adopta sin dar audiencia al demandado, el auto será recurrible en reposición —ex art. 451 LEC—; si se adopta tras la tramitación de un incidente, será irrecurrible —ex art. 387 LEC—.
- El auto que ordena la suspensión del acuerdo de la sociedad anónima impugnado sigue el régimen actualmente vigente y, por tanto, contra el auto que ordena la suspensión puede recurrirse en reposición y contra el auto desestimatorio de ésta, en apelación. Ahora bien, las disposiciones de la LEC 2000 sobre los recursos hacen paradójica esta situación, pues conforme al art. 454 contra el auto resolutorio del recurso de reposición o bien puede interponerse el recurso de queja —sólo cuando la ley lo señale expresamente—, o bien no puede interponerse recurso alguno.

IX

SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA ORIGINARIA
POR UNA CAUCIÓN

CUADRO COMPARATIVO

Tipo de caución	Sustitución de la medida originaria	Medida
No prevista	Prevista	Embargo preventivo — arts. 1397 y ss. LEC— Anotación preventiva LHI — arts. 42, 43, 68 LHI y 139 RH— Depósito de cosa mueble — art. 499 LEC— Intervención judicial de bienes litigiosos — arts. 1423, 1424 LEC—
		Medidas inominadas — art. 1428,5 LEC— P. matrimoniales — arts. 1895 y ss LEC— P. incapitación — arts. 199 y ss Cc— P. filiación — arts. 127 y ss Cc— Suspensión acuerdo s.a — art. 120 LSA— Suspensión preventiva s.a — art. 121 LSA y 155 RRM— Suspensión acuerdo ph — art. 16,4 LPH— Suspensión acuerdo ph — art. 20,2 LPH y 1397 y ss LEC— Embargo ph — art. 20,2 LPH y 1397 y ss LEC— Propiedad intelectual
Fianza o aval bancario, salvo personal	Prevista	Patentes y marcas — art. 137 Lpat— General de publicidad — art. 1428— Competencia desleal — art. 1428— Prevista
Fianza — no personal— o aval bancario	Prevista, con carácter limitado	Patentes y marcas — art. 137 Lpat— LEC/2000 — arts. 726,2º, 727,1º y 746 y 747 LEC— Prevista, con carácter general • por embargo • por caución sustitutoria • por otras medidas
Fianza — no personal— o aval bancario	Prevista, con carácter limitado	Patentes y marcas — art. 137 Lpat—

COMENTARIOS

Como puede observarse este cuadro refleja la posibilidad legalmente prevista de sustitución de la medida cautelar originaria por otra distinta.

1. En las normas procesales coetáneas a la LEC 1881, la situación no es nada uniforme, ni en cuanto a la posibilidad de alzamiento por caución sustitutoria, ni en cuanto al procedimiento a seguir para acordar esta sustitución.

- a) Posibilidad de alzamiento por caución sustitutoria.
- Existe un nutrido grupo de medidas (en gris oscuro en el cuadro) para las cuales el legislador no ha previsto la posibilidad de que el demandado pueda solicitar su sustitución prestando una fianza en cuantía suficiente como para asegurar la efectividad de la posible sentencia de condena.

La posibilidad de que con relación al embargo preventivo pueda acordarse el alzamiento por caución sustitutoria no plantea, a mi juicio, excesivos problemas, a pesar de que no exista una previsión legal al respecto. Basta recordar, para fundarlo en derecho, que esta medida intenta garantizar la efectividad de la posible sentencia que condene al pago de una cantidad; que el art. 1405 permite que pueda evitarse la práctica del embargo si el demandado afianza o presta caución suficiente para responder de las sumas que se le reclamen y

que el embargo debe ajustarse al orden establecido en el art. 1447 LEC y en él el primer bien que debe embargarse es el dinero en metálico.

No debe existir ningún obstáculo legal para que el demandado solicite del juez que acuerde el embargo sobre dinero en metálico y consecuentemente levante las trabas que pesen sobre otros bienes²⁵.

En los demás casos la solución a la falta de previsión legal no es tan sencilla, pero siguiendo la argumentación dada por la Sala 2.ª del Tribunal Constitucional en la sentencia n.º 218/1994, de 18 de julio, sería necesario examinar si la caución sustitutoria cumple o no la misma finalidad de garantía de la efectividad de la posible sentencia estimatoria, pero considerada en sus propios términos. De ahí que, si por ejemplo la demanda pretende que se condene a entregar un bien mueble específico y éste está a disposición del demandado, la efectividad de la sentencia estimatoria se garantizará sólo cuando se limiten las posibilidades de que el demandado pueda estropear o hacer desaparecer dicho bien; una caución sustitutoria sólo garantizaría la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la no entrega del bien; del incumplimiento de la obligación específica contenida en el título, salvo que se considere «estímulo» suficiente como para que cumpla la función de la medida cautelar originaria.

En el mismo sentido, tampoco parece idónea la caución sustitutoria de la anotación preventiva, como veremos inmediatamente después.

- En otros supuestos el legislador si ha previsto la posible sustitución por fianza, sin embargo, respecto de unas —en concreto, de las que están previstas en las leyes de

²⁵ Véase lo que se dice infra págs. 119-120.

patentes y de marcas— impone serias restricciones y, respecto de otras —como ocurre con las innominadas y, por remisión a ellas con las previstas en la ley general de publicidad y de competencia desleal—, la admite sin limitación alguna.

b) Panorama procedimental para la sustitución de la medida cautelar.

- El art. 1428 LEC permite que la sustitución por caución se solicite en el mismo incidente en el que va a debatirse si procede o no la adopción de la medida cautelar y también que se solicite con posterioridad, una vez acordada y puesta en práctica la medida originaria.

En ambos casos, el procedimiento a seguir es el mismo. La única diferencia radica en que en el primer supuesto, el auto acuerda la adopción de la medida y, al mismo tiempo, acuerda que pueda sustituirse por la fianza. En el segundo, éste es el único pronunciamiento que contiene el auto.

- El art. 137 Lpat. parece permitir sólo que el alzamiento por caución sustitutoria pueda acordarse en el mismo auto en el que se acuerde la adopción de la medida cautelar, señalando la cuantía de la caución —después de oír a ambas partes—. Esta decisión, parece quedar a la espera de que el demandado decida si le interesa o no soportar la medida originaria o hacer frente a la caución sustitutoria.

No obstante, creo que no debe existir ningún inconveniente legal para que este alzamiento pueda solicitarse con posterioridad, en cuyo caso habría que seguir el mismo procedimiento que el tramitado para la adopción de la medida originaria.

- También la intervención judicial de bienes litigiosos puede de alzarse si el demandado presta caución sustitutoria.

La petición puede hacerse en cualquier momento del proceso y antes de estimar o desestimar esta petición es necesario practicar un reconocimiento pericial en el que se valore el bien litigioso y los posibles perjuicios que pueda sufrir por una incorrecta explotación.

2. LA SITUACIÓN EN LA LEC 2000

a) El legislador ha previsto con carácter general que la medida originariamente solicitada por el demandante pueda ser sustituida por otra que cumpla la misma finalidad de garantía de la efectividad de la posible sentencia estimatoria, pero que resulte menos onerosa para el demandado —art. 726.2^a— y, específicamente, que pueda sustituirse por el embargo de bienes —art. 727.1^a.2.—.

Y, también con carácter general, ha previsto que pueda sustituirse la medida cautelar originariamente solicitada o adoptada cuando el demandado preste caución sustitutoria suficiente para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que pueda recaer. Caución sustitutoria que puede consistir, al igual que la que presta el demandante como contracautela, en dinero en metálico, en un aval solidario, de duración indefinida y pagadero al primer requerimiento judicial o en cualquier otra que el juez considere que ofrece las suficientes garantías de disponibilidad —arts. 747.3 y 529 LEC—.

Ahora bien, el juez sólo puede acordar la sustitución de la medida cautelar originaria después de evaluar el fundamento de la solicitud de la medida cautelar originaria, la naturaleza y contenido de la pretensión de condena, la apariencia de que

pueda recaer una sentencia desestimatoria, a la luz de las expectativas que ofrezca la posición jurídica del demandado y, en su caso, si la medida adoptada o acordada supone alguna restricción o limitación graves y desproporcionadas de la actividad patrimonial o económica del demandado en contraste con la finalidad de garantía que cumple la medida originaria.

Indudablemente, esta evaluación debe llevarnos a la conclusión de que no prosperará ninguna petición de alzamiento por caución sustitutoria cuando la medida originaria sea la anotación preventiva, pues la efectividad de la posible sentencia de condena depende en gran medida de los derechos adquiridos al amparo de la publicidad registral de los bienes inscritos, si bien el art. 83 LHI prevé la posibilidad de proceder a la cancelación de la anotación preventiva por acuerdo de las partes y siempre que no exista perjuicio para tercero.

Tampoco podrá prosperar cuando la medida originaria sea una de las de protección del presunto incapaz o de su patrimonio, prestaciones alimenticias, custodia de los hijos, atribución del domicilio conyugal a uno de los cónyuges, por la naturaleza de estas medidas cautelares y porque, además de garantizar la efectividad de la posible sentencia de condena cumplen otra finalidad de tutela de situaciones fácticas derivadas de los hechos que fundan la pretensión que se ejerce en el proceso. Con relación a estas medidas, en concreto a las que pueden adoptarse en procesos matrimoniales, el legislador ha previsto que puedan modificarse o completarse una vez acordadas pero sólo cuando el juez lo estime procedente —art. 772.2 LEC—.

Por último, y aunque no se ha modificado el contenido del art. 137 Lpat., no parecen existir grandes contradicciones entre las previsiones que se establecen en él para la caución sustitutoria y lo dispuesto con carácter general en la LEC. No

obstante, debe seguir entendiéndose que las causas por las que puede acordarse la caución sustitutoria son sólo las expresamente establecidas en la ley de patentes —cuando impliquen restricciones a la actividad comercial o industrial del demandado—, que la caución sustitutoria tiene una cadencia periódica —cuando deriven de actos de explotación industrial o comercial de continuidad indefinida— y que queda expresamente prohibida la fianza personal, aunque se admite el aval bancario.

b) En cuanto al procedimiento para acordar esta sustitución el legislador alude a dos momentos procesales distintos y con una tramitación distinta:

El primer momento en que puede solicitarse la prestación de caución sustitutoria es durante el incidente en el que va a decidirse si se acuerda o no la medida cautelar originariamente pedida —art. 743.2, prf. 2—. La tramitación de este incidente no presenta ninguna especialidad derivada de esta petición.

El segundo es en cualquier momento durante la pendencia del proceso. La solicitud provoca la tramitación de un incidente, esencialmente idéntico al previsto para la adopción de la medida cautelar, pero presenta una especialidad: el auto que acuerde o que rechace la caución sustitutoria es irrecurrible —art. 747.2—.

La valoración de la regulación contenida en la LEC a este respecto es positiva, por la unificación de criterios para todas las medidas cautelares y supone una mejora de la posición del demandado que, con carácter general, podrá solicitar el levantamiento de la medida originaria si para él resulta menos onerosa la caución sustitutoria y cumple idéntica finalidad garantizadora que aquélla y, sobre todo, porque en esta decisión, se valorarán también sus expectativas de vencer en el proceso.

X FINALIZACIÓN DE LA INSTANCIA O RECURSO Y LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Creo que debemos plantearnos varias situaciones atendiendo al contenido de la sentencia:

- Cuando la sentencia es desestimatoria lo procedente es el alzamiento de las medidas adoptadas y que no es necesario que lo inste el demandado.

La razón está en que la sentencia que desestima la pretensión del demandante es una sentencia meramente declarativa y como tal debe procederse de oficio a su ejecución impropia que consiste, necesariamente—al igual que ocurre con la sentencia absolutoria dictada en el proceso penal— en el levantamiento de todas las trabas que hayan podido acordarse en garantía de una potencial sentencia estimatoria que luego no ha recaído.

Ahora bien, es lógico pensar que el demandante que va a recurrir solicite el mantenimiento de las medidas; pero también lo es que el demandado puede oponerse alegando que con la sentencia desestimatoria de la demanda ha desaparecido la aparente expectativa de obtención de una sentencia de condena, independientemente de cuál haya sido la situación de riesgo que también motivó la adopción de las medidas.

- Cuando la sentencia es estimatoria debería también procederse al alzamiento de las medidas acordadas; no obstante y puesto que el proceso continúa si el demandado recurre, no se ha producido ningún cambio de las circunstancias tenidas en consideración al acordarlas y puede seguir afirmándose que concurren los caracteres y presupuestos para mantener su adopción.

Y lo mismo puede afirmarse cuando el recurso que se interpone es el de casación, pues las posibilidades de revocación de la sentencia son menores a medida que se limita el enjuiciamiento que puede realizarse en el recurso.

Es más, la propia emisión de la sentencia estimatoria ha reforzado la apariencia de obtención de una sentencia, ahora firme, estimatoria de la pretensión del demandante. Incluso, en este caso, sería posible que éste solicitara y obtuviera una minoración de la caución prestada.

Ahora bien, el interés del demandante en que se mantengan las medidas cautelares se desdibuja un poco, pues los requisitos de los que depende la autorización de la ejecución provisional de la sentencia recurrida en apelación o en casación son lo suficientemente amplios como para que le resulte más ventajoso proceder a la ejecución provisional (cfr. arts. 385 y 1722 LEC 1881). El mantenimiento de las medidas será lo más idóneo y ventajoso para él cuando su pretensión afecte al estado civil, derechos honoríficos, reclamación de cuantías líquidas o de difícil cuantificación, etc.; es decir, alguna de las que, a tenor del art. 385 LEC 1881, no son ejecutables provisionalmente bajo ningún concepto o lo son sólo si se acredita la reparabilidad de la situación en caso de revocación de la sentencia recurrida.

- Si la sentencia es parcialmente estimatoria—y, por tanto, también parcialmente desestimatoria— debemos contemplar ambas posibilidades de mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas respecto de cada uno de los pronunciamientos del fallo.

b) Aparecen sin color de fondo las medidas cautelares para las que el legislador ha previsto expresamente el levantamiento cuando finalice la instancia. Las diferencias entre unas u otras medidas radica en estos casos en los supuestos legalmente previstos. Salta a la vista que el legislador no ha sido coherente y que ha tratado de diverso modo supuestos iguales.

Así, con relación a la anotación preventiva de demanda, sólo ha previsto el alzamiento, la cancelación de la anotación

preventiva, cuando se emita «providencia ejecutoria» —art. 83 LHI—; es decir, cuando la sentencia recaída en el proceso haya adquirido firmeza y se haya instado su ejecución forzosa. No me parece excesivamente correcto este requisito, pues la ejecución forzosa de las resoluciones depende hoy en día y sin límite temporal alguno de la sola voluntad del litigante vencedor. La única salvedad se encuentra en los supuestos en los que la sentencia no sea de condena, pues en tal caso no existe propiamente ejecución y el juez ordena, de oficio, las anotaciones registrales que procedan.

En otros casos (los previstos en las leyes de patentes y marcas) el levantamiento de la medida procede cuando se dicta una sentencia desestimatoria en la primera instancia o cuando en segunda instancia se revoca la estimatoria recurrida —art. 139 Lpat.— Este caso, congruentemente, no se supedita el levantamiento de las medidas a que el demandado lo solicite expresamente; por tanto, no existe ningún inconveniente jurídico para que el juez adopte de oficio esta decisión.

Con relación a otras medidas (las personales adoptadas en procesos matrimoniales y en los de incapacidad), las medidas provisionales se mantienen hasta que sean sustituidas por las definitivas. Esta previsión parece dar por sentado que el proceso no terminará con otra resolución que la que declare la interrupción, disolución o nulidad del matrimonio y la incapacidad, pero no contempla la posible desestimación de la demanda.

Así, cuando la sentencia sea estimatoria, las cautelares se sustituyen por las acordadas con carácter definitivo —incluso cuando la sentencia se apela—; cuando la sentencia sea desestimatoria, deben levantarse las medidas acordadas con carácter cautelar, salvo que se solicite su mantenimiento y, por ejemplo, no es factible pensar que el propio juez que ha desesti-

mado la declaración de incapacidad pueda mantener de oficio el internamiento del demandado, cuando el código civil sólo autoriza esta medida durante el tiempo que dure la presunta incursión en una causa de incapacidad y si no se declara la incapacidad es obvio que el sujeto no estaba incurso en esta causa.

Cuando la sentencia desestima la petición de nulidad, de separación jurídica o de divorcio deben desaparecer las medidas cautelares adoptadas²⁶. Evidentemente pueden mantenerse las discrepancias entre los cónyuges, pero éstas provocarán su separación de hecho y, por tanto, la necesidad de que sean ellos los que se pongan de acuerdo —sin intermediarios judiciales— en el uso del domicilio conyugal, el reparto de los bienes que constituyen el ajuar doméstico, la custodia de los hijos, el régimen de visitas y las prestaciones alimenticias o, en otro caso, que insten la separación o el divorcio de mutuo acuerdo; proceso en el que siempre se modificará la relación jurídica matrimonial.

d) Por último, la previsión legal más completa se encuentra en el art. 155 RRM que prescribe la cancelación de la anotación preventiva de la demanda²⁷ cuando se dicte sentencia desestimatoria en primera o segunda instancia —lo que implica el mantenimiento, sólo si el demandante que recurre lo solicita—, cuando se produce la caducidad de la instancia o cuando el actor desiste del proceso.

²⁶ Evidentemente nos referimos a los supuestos en los que el cónyuge funda su pretensión en la existencia de una causa legal y no a aquellos otros en los que la separación o el divorcio se pretenden de mutuo acuerdo o de uno con el consentimiento del otro, pues en estos casos, no existe más posibilidad que declarar la separación o el divorcio.

²⁷ Para nosotros de la de impugnación del acuerdo de la sociedad anónima, pero indudablemente, de cualquier otra que esté sujeta al registro mercantil.

2. LEC 2000

La situación varía sustancialmente en la nueva ley, pues el legislador ha previsto expresamente varias situaciones.

- Con carácter general el art. 731 ordena el levantamiento de las medidas cautelares adoptadas cuando el proceso principal finalice con una resolución distinta a la sentencia o auto de condena, cualquiera que sea la causa que la provoque, entre las que el párrafo 3 incluye la suspensión del proceso y, el art. 745, la renuncia a la acción y el desistimiento.

Lo dispuesto en este precepto debe completarse con lo que establece el art. 744: «absuelto del demandado en primera o segunda instancia, el tribunal ordenará el inmediato alzamiento (...) salvo que el recurrente solicite su mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta...» si el tribunal considera procedente esta petición, oída a la otra parte y previo aumento de la cuantía consignada.

Absuelto, por razones de fondo o por causas procesales, deben levantarse de oficio las medidas acordadas cuando la resolución alcance firmeza —art. 745—.

- El mismo art. 731 establece que cuando la sentencia o el auto sean de condena se mantendrán las medidas cautelares hasta que transcurra el plazo de 20 días desde su emisión.

El mantenimiento se produce, por tanto, sin necesidad de que haya solicitud expresa al respecto durante la tramitación de los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación que puedan interponerse contra dicha sentencia o auto, puesto que el plazo de vacancia establecido en el art. 548 sólo opera con relación a las resoluciones fir-

mes (ex art. 548 en contraste con el requisito temporal de la ejecución provisional establecido en los arts. 527 y 535).

- Se prevé también el alzamiento de oficio de las medidas acordadas cuando «el proceso quedare en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida» —art. 731, párrafo 2—.

¿Es aplicable esta previsión a los casos de caducidad de la instancia? No; no lo creo; pues si bien las causas que provocan la caducidad de la instancia y la caducidad de las medidas cautelares adoptadas son comunes, la diferente duración de los plazos y la diversa identidad del responsable de la inactividad impiden un tratamiento análogo (cfr. art. 237 LEC).

Para que caduque la instancia es necesario que la inactividad de las partes se prolongue durante dos años o uno sólo, según se encuentre en primera instancia o pendiente de recurso; para que caduque la medida cautelar es necesario que la inactividad se prolongue sólo 6 meses y que sea imputable al solicitante de la medida. Así pues, en muchos de los supuestos de caducidad de la instancia, cuando se dicte el auto que la declare, se habrá dictado también el auto ordenando el alzamiento de la medida por caducidad, pero no en todos.

En los restantes, cuando la causa de la suspensión no sea imputable al solicitante de la medida cautelar, el auto que declare la caducidad de la instancia deberá de todas formas ordenar el levantamiento de la medida cautelar. La razón se encuentra en los efectos que esta declaración produce: el desistimiento del recurso y por tanto la firmeza de la resolución recurrida; el desistimiento de la primera instancia y, por tanto, la finalización del proceso sin pronunciamiento jurisdiccional.

Así, si el proceso se encontraba en primera instancia y la caducidad produce, *ex lege*, el desistimiento del actor, resulta

de aplicación lo dispuesto en el art. 745: se levantan las medidas cautelares.

Si el proceso se encontraba pendiente de la resolución del recurso interpuesto por el demandante, es que en primera instancia venció el demandado y, por tanto, se habían alzado las medidas o, en el peor de los casos, se habían mantenido por petición expresa y previo aumento de la caución; si la caducidad de la instancia produce la firmeza de la resolución recurrida —absolutoria—, resulta aplicable lo dispuesto en el art. 744 LEC: se levantan de oficio e inmediatamente las medidas cautelares acordadas.

Sólo cuando el proceso se encontraba pendiente de la resolución del recurso interpuesto por el demandado, es que en primera instancia venció el demandante y, por tanto, se mantenta la adopción de las medidas; si la caducidad produce la firmeza de la resolución recurrida, resulta aplicable lo dispuesto en el art. 731.1: las medidas se mantienen sólo hasta que transcurra el plazo de vacancia.

¿Por qué se sanciona al solicitante de la medida, salvo en el último caso, aunque la causa de la inactividad no le resulta imputable? A mi juicio, porque él es el mayor interesado en provocar algún tipo de actuación, aunque sea el demandado quien esté provocando la inactividad del proceso.

- Por último, el despacho de ejecución supone también el levantamiento de las medidas que se hayan adoptado en garantía del pronunciamiento cuya ejecución se pretende (art. 731 párrafo 3) y, en consecuencia, de conformidad con el párrafo primero de este precepto, el mantenimiento de las restantes.

- El art. 139 Lpat, vigente a pesar de entrada en vigor de la LEC 2000, sólo prevé, como hemos visto, el levanta-

miento de las medidas cuando se dicte sentencia desestimatoria. No existe, pues contradicción y lo dispuesto en él deberá completarse con lo establecido en el art. 731 LEC.

Tampoco existe contradicción entre lo que dispone el art. 155 RRM y la regulación contenida en la LEC 2000. Pero sí debe considerarse derogada, tácitamente por contradicción, la referencia a la «providencia ejecutoria» como única causa de cancelación de la anotación preventiva sobre bienes inmuebles acordada como medida cautelar.

Desde el punto de vista de la regulación legal, la nueva ley supone una mejora, al prever expresamente los supuestos de alzamiento y sus causas. Pero creo que lo más llamativo es la mejora práctica que esta regulación expresa supone. En efecto, hasta la fecha tanto en la doctrina como en la jurisprudencia como en la práctica diaria de los despachos profesionales podemos encontrar suficientes argumentos e interpretaciones legales que funden el mantenimiento de las medidas cautelares a pesar de que la instancia haya finalizado, como que funden la postura contraria. E, indudablemente, esta disparidad de criterios, no favorece la unidad de la aplicación de las normas procesales, la procripción de la costumbre como fuente del derecho procesal, la igualdad jurídica entre todos los que acuden a los órganos jurisdiccionales y la seguridad jurídica propia de un estado de derecho.

La mejora de la reforma es, sin necesidad de buscar al mayor beneficiado, evidente por sí misma.

PROCEDIMIENTOS PARA LA ADOPCIÓN
DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

XI

Antes de examinar pormenorizadamente la tramitación del procedimiento a seguir para la decisión sobre la adopción o no de la medida cautelar solicitada, creo ilustrativo examinar, también por contraste, el panorama procedimental que existe bajo la vigencia de la legislación procesal coetánea a la LEC 1881 y el que resultará tras la entrada en vigor de la LEC 2000.

No obstante, téngase en cuenta que la regulación independiente de las medidas que existe actualmente casi desaparece y se sustituye por un único procedimiento común para la adopción de casi todas las enumeradas en el art. 517 LEC 2000 cuando no existen riesgos especiales que motiven su adopción inmediata (con recuadros en el cuadro) y otro, para cuando la audiencia previa del demandado podría poner en peligro el buen fin de la medida cautelar (art. 733 LEC) (con rayas horizontales en el cuadro), con independencia del momento procesal en que se solicite su adopción.

La adopción sin audiencia del demandado no es posible (con rayas verticales en el cuadro) ni en los procedimientos matrimoniales, ni para la suspensión del acuerdo de la sociedad anónima. En el primer caso, porque los arts. 771 y 773 LEC 2000 no remiten a las disposiciones generales y prevén que siempre se dé audiencia a ambos cónyuges y, en su caso, al M.º Fiscal; en el segundo, porque no se ha modificado el art. 120 LSA y en él no está prevista esta posibilidad.

Aparecen con rayas verticales los casos en los que existe un procedimiento especial y distinto, porque mantiene su vigencia la regulación previa a la nueva ley. En este caso se encuentra la anotación preventiva de demanda y la suspensión del acuerdo de la sociedad anónima.

Aparece con recuadros el procedimiento a seguir para la adopción de medidas personales en procesos matrimoniales, de incapacitación y de filiación, ya que el legislador establece una tramitación específica.

Los esquemas procedimentales para estos casos los he agrupado, atendiendo a la vigencia que tendrán después de la entrada en vigor de la LEC 2000, en:

1. Procedimientos previstos en la legislación coetánea a la LEC 1881 para la adopción de medidas concretas que desaparecerán con la entrada en vigor de la LEC 2000.
2. Procedimientos previstos en la legislación coetánea a la LEC 1881 para la adopción de medidas concretas que no desaparecerán con la entrada en vigor de la LEC 2000.
3. Procedimientos previstos en la LEC 2000.

PROCEDIMIENTOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA: CUADRO COMPARATIVO

Medida	LEC 2000					
	LEC 1881		Con Audiencia		Sin Audiencia	
	Previas	Coetáneas o posteriores	Previas	Coetáneas o posteriores	Previas	Coetáneas o posteriores
Embargo preventivo	Sin Audiencia					
Depósito de cosa mueble	No previsto					
Anotación preventiva		Sin Audiencia				
Intervención judicial						
Medidas innominadas	Incidente 1428 LEC		No Existen como tales			
Propiedad intelectual	Incidente Especifico					
P. Matrimoniales	Incidente Especifico					
P. Incapacitación						
P. Filiación		No previsto				
Competencia desleal	Incidente del 1428 LEC urgencia: audiencia					
Publicidad	Incidente 1428 LEC					
Suspensión acuerdo LSA		Incidente específico				
Anotación preventiva LSA						
Suspensión acuerdo P.H		No previsto				
Embargo PH	Régimen del Embargo					
Patentes y marcas	Incidente Especifico		2 meses			

1. PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN
COETÁNEA A LA LEC 1881 QUE DESAPARECERÁN CON
LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEC 2000

Las disposiciones Derogatoria Única y Finales de la LEC 2000 supone la derogación de los procedimientos actualmente establecidos para la adopción de medidas innominadas, embargo preventivo, intervención judicial de bienes litigiosos, medidas en procesos matrimoniales, medidas previstas en las leyes de patentes y marcas, propiedad intelectual, competencia desleal, general de publicidad y propiedad intelectual; del mismo modo que deroga también los pocos datos procedimentales que la legislación actual ofrece sobre el depósito de cosa mueble, medidas en procesos de filiación e incapacitación.

Las medidas no desaparecen; se encuentran establecidas en los arts. 727, 762, 768 y 771 LEC2000 y en el art. 103 y 104 Cc. Pero su nueva regulación les concede pretensiones de universalidad.

1.1. MEDIDAS INNOMINADAS

Como puede observarse, de todas las medidas cautelares reguladas en la propia LEC, sólo para las innominadas el legislador ha proscrito de forma expresa la posibilidad de adoptarlas sin dar audiencia al demandado con carácter previo.

Este procedimiento es el que hay que seguir para adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar la efectividad de sentencias que condenen a hacer, no hacer y entregar cosas determinadas o específicas y también la que va a permitir la adopción de las medidas que aseguren la efectividad de la sentencia que condene al pago de la indemnización por incumplimiento de la obligación originaria, cuando tal pretensión se acumule eventualmente en el proceso de declaración, pues es obvio que en tales casos no existe la acreditación documental que requiere el art. 1400.1º para la adopción del embargo preventivo.

También es el que debe seguirse para la adopción de las medidas previstas en la ley general de publicidad y en la de competencia desleal, en este caso, cuando no revista carácter urgente, por expresa remisión de los arts. 30.2 y 25.4 respectivamente.

Generalmente se admite que cualquier otra medida que se pretenda adoptar podrá adecuarse al procedimiento establecido en el art. 1428 LEC cuando no concurran sus presupuestos específicos, pero sí los de las inominadas.

Por último, es posible entender que las medidas concretas dispersas por normas procesales deberían acordarse tras la tramitación del procedimiento establecido en este precepto, porque se considera el «cajón de sastre» de todas las medidas cautelares y porque así se evitan riesgos de inseguridad jurídica y de desigualdad en la aplicación de la ley procesal. En tal caso, deben remitirse a este procedimiento la adopción de las medidas previstas en el art. 499 LEC—depósito de cosa mueble, en garantía de una sentencia de dar la cosa mueble, si bien con la modificación del plazo de ratificación de la medida adoptada—; anotación preventiva regulada en el art. 155

RRM —específicamente prevista por el art. 121 ISA, si bien con la especialidad de que la caución es discrecional, de que no puede solicitarse antes de la interposición de la demanda y de las previsiones más detalladas que el legislador realiza sobre las causas de levantamiento de la medida—; o la suspensión del acuerdo de la comunidad de propietarios prevista en la regla 4ª del art. 16 LH²⁸.

Es bastante más dudosa su aplicabilidad para la adopción de la anotación preventiva sobre bienes inmuebles prevista en el art. 42 LHI, por la cantidad de especialidades que presenta. Así, no es posible solicitarla antes de la interposición de la demanda—ex. art. 139 RH—; se adopta sin dar audiencia al demandado «al admitir la demanda (...)» o en el «término del tercer día» si la solicitud es posterior—art. 139 RH—; la resolución que ordena la práctica de la anotación es susceptible de recurso de apelación—art. 68 LHI, o si aplicamos las normas generales, de reposición y apelación—. Intentar combinar estas especialidades con lo dispuesto en el art. 1428 LEC nos llevaría, por ejemplo, a la paradoja de que el demandado pudiera recurrir el auto que acuerda la adopción de la medida y además provocar el incidente de oposición previsto en este precepto.

El legislador ha establecido un único procedimiento que permite discutir y decidir si la medida se adopta o no; si la medida ya adoptada, se modifica o no; si puede o no alzarse por prestación de caución sustitutoria y resolver todas las incidencias que surjan en su realización práctica.

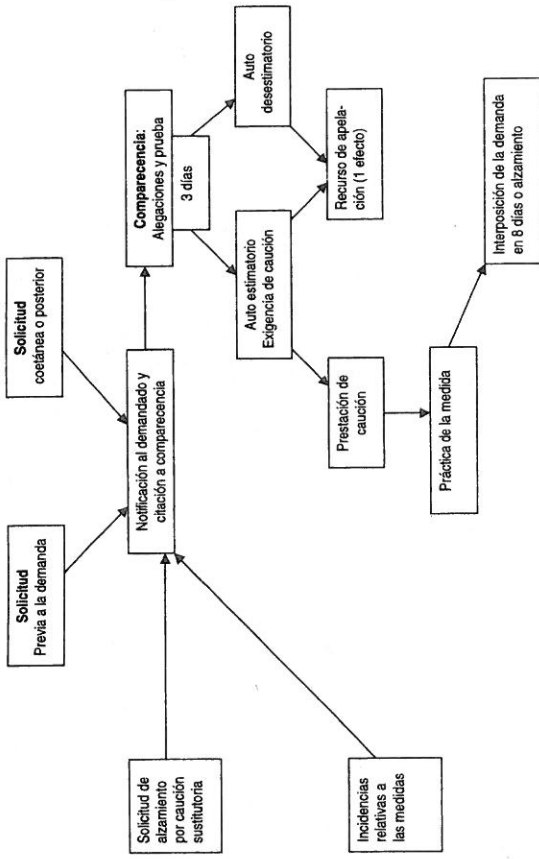
²⁸ También sería éste el procedimiento más idóneo para acordar la administración judicial de empresas prevista en el D-L 18/69, al no establecerse en esta norma ningún procedimiento y ninguna otra especialidad que la posibilidad de que la medida se acuerde de oficio o a instancia del M.º fiscal.

El procedimiento es bastante simple y su regulación coherente. Presentada la petición se notifica a la otra parte, se convoca a una comparecencia en la que las partes pueden alegar y probar lo que estimen pertinente para la defensa de sus intereses. Finalizada la comparecencia, en el plazo de tres días, el juez dicta auto estimatorio o desestimatorio de la petición que, cualquiera que sea su contenido es susceptible de recurso de apelación.

Cuando la comparecencia ha tenido por objeto determinar si procede o no la adopción de la medida, el auto estimatorio debe pronunciarse además sobre la cuantía y clase de la caución que debe prestar el demandante y el plazo en el que debe hacerse efectiva. Ahora bien, el legislador es claro al respecto, la prestación de la caución es previa a la práctica de la medida ya acordada. Por tanto, la consecuencia de que transcurra el plazo señalado sin que se haya hecho efectiva la caución no provoca el alzamiento de la medida —pues no se ha llevado a la práctica—, sino la imposibilidad de que pueda llevarse a efecto.

Si la medida se ha acordado antes de la interposición de la demanda, el plazo para la ratificación es de 8 días; la sanción por incumplimiento de esta condición es también el levantamiento de la medida.

El esquema de procedimiento a seguir para la adopción de medidas innominadas es el que sigue:



1.2. DEPÓSITO DE COSA MUEBLE

El art. 499 LEC no establece ningún procedimiento para la adopción del depósito de cosa mueble. Cabe pues cuestionarse qué actividades jurisdiccionales son necesarias para examinar la concurrencia de los presupuestos, requisitos y condiciones de esta medida cautelar.

Como he afirmado anteriormente creo que la solución más correcta sería la tramitación del procedimiento establecido en el art. 1428 para las innominadas con las especialidades que se establecen en el art. 499; pues el depósito es la medida idónea para garantizar la efectividad de la sentencia que condene a entregar «cosa determinada o específica», expresamente prevista en el art. 1428.

En este caso el procedimiento a seguir para su adopción, modificación, alzamiento e incidencias debería ser el que se

muestra en el esquema del apartado 1.1 para las medidas cautelares innominadas.

Una segunda posible tramitación es la establecida en los arts. 741 y ss. para las cuestiones incidentales, pues si, como hemos afirmado, las medidas cautelares constituyen un incidente del proceso principal ¿qué mejor que aplicar para su adopción, modificación, alzamiento y otras incidencias, el procedimiento incidental que, además, no presenta contradicciones esenciales con los pocos datos que ofrece el art. 499? El procedimiento será en este caso el que se muestra en el esquema 1.2.a).

Con cualquiera de ambas soluciones el depósito se acordará o la petición se desestimará después de oír a ambas partes; audiencia no vedada por el art. 499.

Es posible una tercera integración de la omisión legal que consiste en tomar los escasos datos que nos ofrece el art. 499 LEC²⁹ y reconstruir el procedimiento que nos parezca más acorde con ellos, si bien en este caso, la medida se adoptará o denegará atendiendo exclusivamente a las alegaciones y justificaciones del demandante y sólo resulta adecuado para la adopción del depósito o para su desestimación, pero no para resolver sobre su modificación, alzamiento y otras incidencias que puedan surgir durante su práctica. Este es el procedimiento que se muestra en el esquema 1.2.b).

1.2.a) *Adopción del depósito de cosa mueble a través del procedimiento incidental*

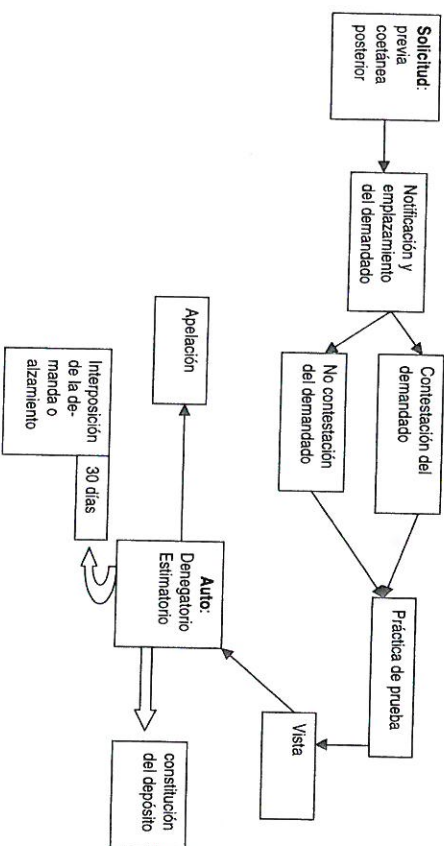
Presentada la solicitud el juez notifica el escrito al demandado para que conteste en el plazo de 6 días y proponga las

²⁹ También es muy parco el Cc al regular el depósito necesario.

pruebas de que intente valerse —art. 749 LEC—; practicada la prueba, si ambos litigantes la solicitan o si, solicitada por uno, el juez la estima necesaria —art. 752 LEC—, es posible la celebración de una vista —si cualquiera de las partes lo solicita— e inmediatamente después se dicta auto (art. 245 LOPJ) acordando o denegando la medida cautelar solicitada. Este auto es susceptible de recurso de apelación —arts. 758 y 382 LEC—.

Resulta evidente que no existe ningún inconveniente para que se siga este procedimiento para resolver las incidencias que surjan con relación a la medida ya acordada.

El procedimiento incidental para la adopción de cosa mueble es como sigue:

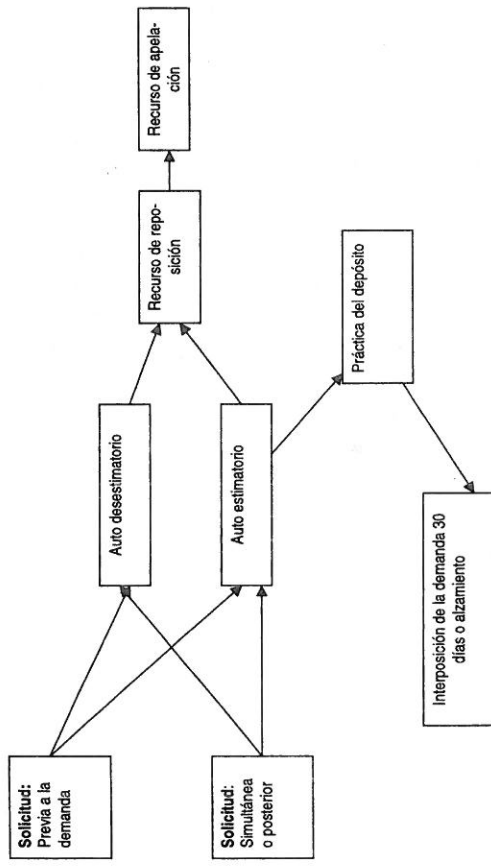


1.2.b) *Adopción del depósito a través de un procedimiento ad hoc*

El juez estima o desestima la adopción del depósito atendiendo exclusivamente a la documentación y alegaciones presentadas por el demandante. La resolución que ordena o que

deniega la práctica reviste forma de auto (ex. art. 245 LOPJ) y es susceptible de recurso de reposición y, posteriormente, de apelación (arts. 380 y 381 LEC); es en la sustanciación de estos recursos donde se oye por primera vez al demandado.

Este puede ser el procedimiento *ad hoc* a seguir para la adopción del depósito de cosa mueble:



1.3. EMBARGO PREVENTIVO

La regulación contenida en la LEC 1881 para la adopción del embargo preventivo es una de las más completas que existe y, quizá por ese motivo, una de las más complejas. No obstante, desde el punto de vista estrictamente procedimental el desarrollo es relativamente sencillo.

El Juez ordena —por medio de auto— la adopción del embargo o por el contrario desestima la petición a la vista de

las alegaciones y justificaciones presentadas por el demandante (arts. 1404 y 1403). El auto desestimatorio del embargo, es susceptible de reposición y de apelación; el que ordene la práctica del embargo es irrecurrible (art. 1403).

Al tiempo de ordenar el embargo, el juez debe determinar la cuantía y la clase de fianza que debe prestar el solicitante de la medida (art. 1402). Y, pese a que no resulta claro si con relación a este contenido sería admisible que el demandante recurriese, creo que en la discusión sobre cuantía y tipo de caución debería darse audiencia al embargado; por tanto, sería más correcto, o bien retrasar la tramitación de los recursos admisibles —reposición y apelación, conforme a los arts. 380 y 381 LEC— hasta que se haya notificado el auto estimatorio al demandado, o bien reconducir la discusión sobre la caución al incidente de oposición previsto por el legislador.

En el acto del embargo, el deudor puede mantener tres posturas frente a la orden de embargo: 1) pagar, en cuyo caso se pone fin al embargo y al proceso; 2) consignar o afianzar la cantidad reclamada, total o parcialmente, en cuyo caso se suspende la práctica del embargo hasta que el juez resuelva sobre la suficiencia o sobre modificación de la cuantía por la que embargar; 3) omitir cualquier actuación, en cuyo caso se procede al embargo de los bienes —art. 1405 LEC—.

De todas formas, la posibilidad de que el deudor pueda hacer uso de este derecho está condicionada en la práctica por los bienes o derechos que se vayan a embargar. En efecto, sólo cuando el embargo deba practicarse en el domicilio del deudor puede éste tener conocimiento del acto del embargo; en los demás casos, embargo de dinero en cuentas corrientes, de valores, de bienes inmuebles, de sueldos o pensiones, etc., el embargo se lleva a efecto en lugares en los que normalmente no se encuentra presente el deudor —bancos, mercados de

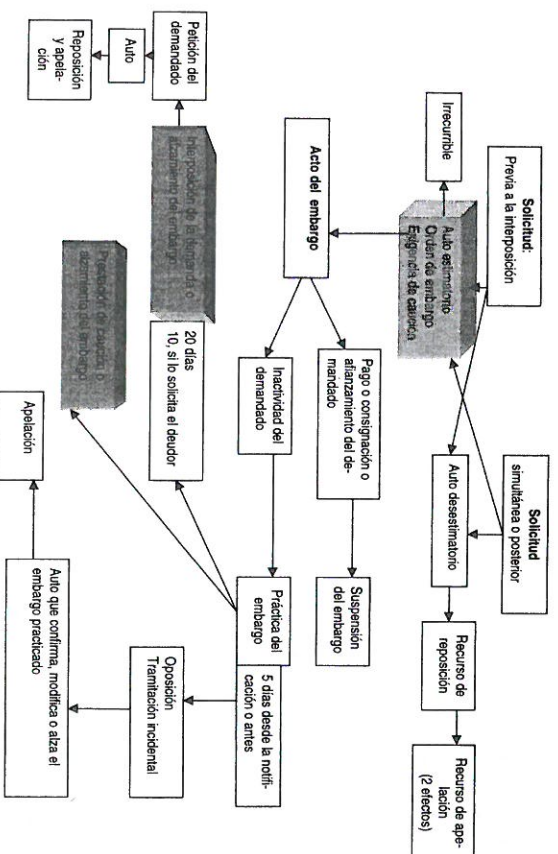
valores, registros, empresas, etc.— y, por tanto, sólo podrá pagar o afianzar una vez practicado ya el embargo de sus bienes, con lo que, además, se habrán aumentado las costas a las que debe hacer frente.

Una vez embargados los bienes se concede al deudor un plazo de 5 días para que pueda oponerse al embargo practicado a través de un incidente que se tramita conforme a las disposiciones generales de los arts. 741 y ss LEC. Aunque normalmente la resolución que resuelve un incidente revisa forma de sentencia —art. 758 LEC—, en este caso, el legislador ha previsto que revista la de auto (ex. art. 1413 LEC), susceptible de recurso de apelación.

Una vez practicado el embargo, el solicitante dispone de 20 días (10 si lo pide el demandado) para interponer su demanda; la falta de ratificación provoca el alzamiento de las medidas —acordada también por auto susceptible de reposición y apelación—, si lo solicita el demandado (al menos, eso establece el art. 1411 LEC).

Del mismo modo, dispone del plazo que le señala el juez para hacer efectiva la caución. De no hacerlo así, se ordena el levantamiento de las medidas. Aunque el legislador no lo ha previsto de forma expresa, esta orden de levantamiento debe revestir forma de auto y será recurrible en reposición y apelación —ex. arts. 1413.2 y 381 LEC—.

El procedimiento para la adopción del embargo preventivo puede esquematizarse así:



1.4. INTERVENCIÓN JUDICIAL DE BIENES LITIGIOSOS

La intervención judicial de bienes litigiosos prevista en la LEC tiene por objeto el nombramiento de un interventor que fiscalice los actos de explotación de los bienes cuya propiedad se reclama en el proceso principal para evitar que una administración incorrecta, a juicio del pretendiente, pueda perjudicar su valor.

La adopción o denegación de esta medida se produce sin dar audiencia al demandado, sin permitirle alegar y probar la ausencia de los presupuestos de los que depende su adopción. El juez la adopta o la rechaza atendiendo exclusivamente a las alegaciones y justificaciones presentadas por el demandante.

Ahora bien, antes de llegar a esta decisión, el legislador ha previsto que sean las partes quienes intenten designar de co-

mún acuerdo al interventor y, solo en casos de discrepancia determina en quién debe recaer el nombramiento. Una vez designado el interventor, el juez dicta auto ordenando o denegando la adopción de la medida y, en su caso, haciendo el nombramiento del interventor y dándole posesión de sus funciones.

Contra este auto no se ha previsto la posibilidad de recurso; tampoco su firmeza. Así que será susceptible de reposición —no se dicta al final de una comparecencia y no resuelve un incidente— y, posteriormente, de apelación —arts. 380 y 381 LEC—.

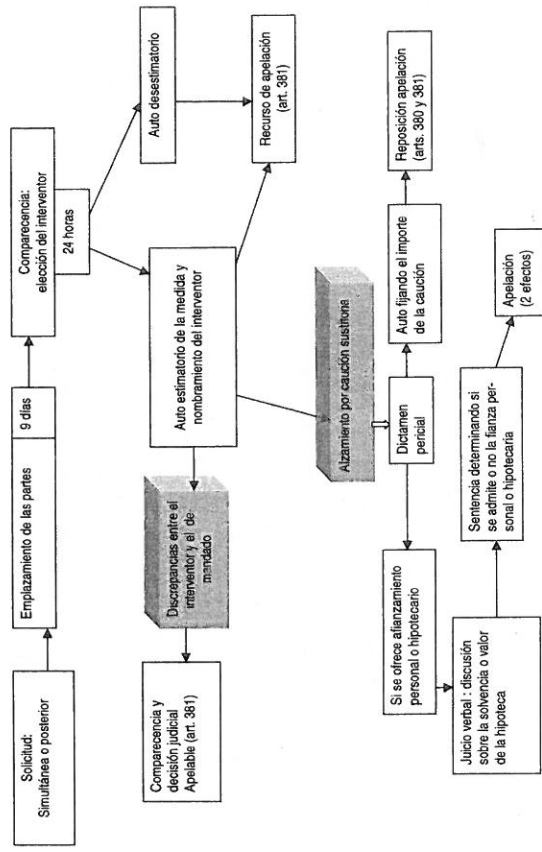
Junto a este procedimiento básico, el legislador ha previsto expresamente dos posibles incidencias: La primera para resolver las discrepancias que surjan entre el interventor y el demandado —pues este sigue manteniendo plenas facultades de gestión, administración y explotación de los bienes—; se resuelven en una comparecencia por medio de auto apelable —por aplicación del art. 381 LEC—.

La segunda, para determinar si, y en qué cantidad, el demandado puede descargarse de la intervención prestando caución sustitutoria. Esta petición se resuelve procediendo a la tasación pericial de los bienes y a los posibles perjuicios que pueda sufrir por una mala explotación; la cuantía de la caución sustitutoria estará determinada por la valoración pericial, o la más alta en caso de discordia. Es de suponer que la orden de alzamiento debe revestir la forma de auto y que será recurrible en reposición y apelación —ex. arts. 380 y 381 LEC—, al no declararse irrecurrible.

Pero puede surgir un nuevo incidente dentro de este incidente: cuando el deudor ofrece fianza personal o hipotecaria como caución sustitutoria y, notificado el demandante, cuestiona —por aplicación de normas generales, dentro de los 6 días

siguientes a la notificación— la solvencia del fiador o la suficiencia de los bienes a hipotecar se convoca a las partes y se sigue la tramitación del juicio verbal —arts. 715 y ss LEC—. La sentencia que se pronuncie sobre la suficiencia de bienes o, en su caso, sobre la solvencia del fiador, es apelable en ambos efectos —art. 1424—.

El procedimiento para la adopción de la intervención judicial de bienes litigiosos puede esquematizarse así:



1.5. MEDIDAS EN PROCESOS MATRIMONIALES

La DA 4ª de la Ley 30/1981 de 7 de julio remite a los arts. 1884 y 1885 LEC 1881 para la adopción de las medidas previstas en el art. 104 Cc; para la adopción de medidas cautelares solicitadas antes de la interposición de la demanda. Y, a los arts. 1896 y ss., para las solicitadas en la demanda o con posterioridad a su interposición.

El primer problema que se planteó con la promulgación de esta ley era la determinación del procedimiento a seguir en el primer caso, puesto que los preceptos citados tan sólo hacen referencia a la capacidad de postulación de las partes y al plazo de ratificación. Y la remisión que la DA 4ª hace a los «cordantes» carece de un contenido jurídico determinado.

Ante esto, las interpretaciones posibles eran muy variadas—desde la aplicación supletoria del procedimiento incidental, pasando por la adaptación del procedimiento declarado inaplicable (al menos aparentemente), hasta la aplicación del procedimiento establecido para la adopción de las medidas solicitadas en o después de la demanda³⁰.

Creo, sin embargo, que resulta más coherente desde el punto de vista de la interpretación jurídica que el legislador sólo salvó la aplicación de los arts. 1884 y 1885. Con relación al resto del procedimiento creo que deben aplicarse los arts. 1896 y ss., es decir el mismo procedimiento establecido para la adopción de las mismas medidas cuando se solicitan en la propia demanda o con posterioridad. La razón es la identidad de las medidas—art. 102 Cc— y la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges pueda solicitarlas—ex. art. 104 Cc—. Si ya no es posible adoptar medidas específicas de «protección» de la mujer casada que pretendía separarse o padecía similar pretensión de su cónyuge, como consecuencia de la equiparación establecida por la Ley de 28 de diciembre de 1975 ¿qué sentido puede tener la tramitación de un procedimiento en el que se encuentra muy mermada la posibilidad de defensa del otro cónyuge y en el que el contenido de las medidas estaba excesivamente tasado?

³⁰ Cfr. por todos, ORTELLS RAMOS en Montero Aroca, Ortelis Ramos, Gómez Colomer, Montón Redondo: Derecho Jurisdiccional, II, pág. 744., 8.ª ed., Valencia, 1998.

Por ese motivo, he incluido sólo un esquema del procedimiento a seguir: el que resulta de los arts. 1896 y ss LEC 2000. Procedimiento que desaparecerá, íntegramente, con la entrada en vigor de esta nueva ley.

La solicitud, presentada por cualquiera de los cónyuges, independientemente de su posición procesal, es notificada a la otra parte y al M.º Fiscal—pues en este procedimiento tiene intervención cuando haya menores o incapacitados— y se cita a todas las partes, y a los hijos mayores de 14 años, a una comparecencia.

La incomparecencia del cónyuge solicitante, implica su desistimiento de las medidas solicitadas. Pero, pese a esto creo necesaria la adopción de medidas, puesto que el punto de partida es la separación real y física de los cónyuges—esta separación es lo que determina la necesidad de señalar quién hace uso del domicilio conyugal, quién mantiene la guarda y custodia de los hijos, cómo se respeta el régimen de visitas del otro progenitor, qué proporción guarda la contribución económica de cada cónyuge al mantenimiento de dichos hijos—; así, que corresponderá al cónyuge comparecido proponer medidas concretas o discutir las ya solicitadas por el contrario.

La incomparecencia del cónyuge no solicitante de las medidas provoca su declaración en rebeldía, pero debe entenderse que sólo para la tramitación del procedimiento de adopción de medidas cautelares.

Celebrada la comparecencia, el juez dicta auto ordenando la adopción de las medidas que estime más protectoras de los intereses de los menores; si éstos no existen, acordando o denegando la adopción de las medidas solicitadas.

Contra el auto desestimatorio de las medidas, puede interponerse recurso de apelación, por aplicación de las normas

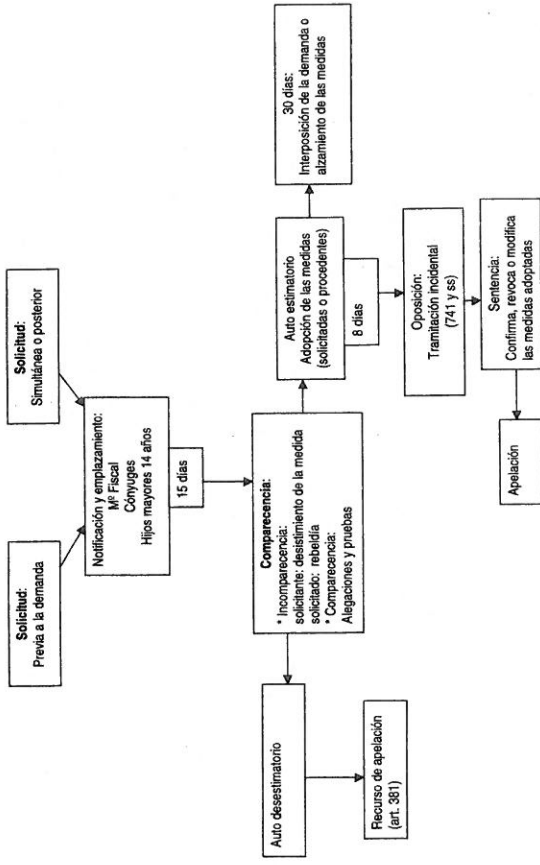
generales contenidas en el art. 381 LEC. El mecanismo de oposición a la decisión judicial elegido por el legislador ha sido la provocación de un incidente —que se tramita conforme a las normas ordinarias (arts. 741 y ss LEC). La sentencia, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de apelación.

Con relación a las medidas solicitadas y adoptadas antes de la interposición de la demanda, es necesario que el proceso se inicie en el plazo de 30 días. En otro caso, habrá que alzar las medidas.

¿Se entiende que la falta de interposición de la demanda se debe única y exclusivamente a la reconciliación de los cónyuges? De ser así, no existe problema alguno. Sin embargo, creo, que no siempre se producirá esta reconciliación.

El legislador no resuelve qué es lo que pasa si la demanda no se interpone, pero los cónyuges deciden optar por una separación fáctica. La práctica de las medidas acordadas judicialmente en previsión de un futuro proceso de separación, divorcio o nulidad, concede a uno de los cónyuges una posición real de prepotencia frente al otro, al que le resultará muy difícil estar en igualdad de condiciones con el otro cónyuge a la hora de discutir privadamente el régimen regulador de la situación derivada de su separación fáctica.

El esquema del procedimiento a seguir es:



1.6. MEDIDAS PREVISTAS EN LA LEY DE PATENTES Y EN LA LEY DE MARCAS

Con la entrada en vigor de la LEC 2000 este procedimiento desaparecerá, sin embargo, ya hemos visto que alguna de las especialidades que ahora presenta seguirán vigentes.

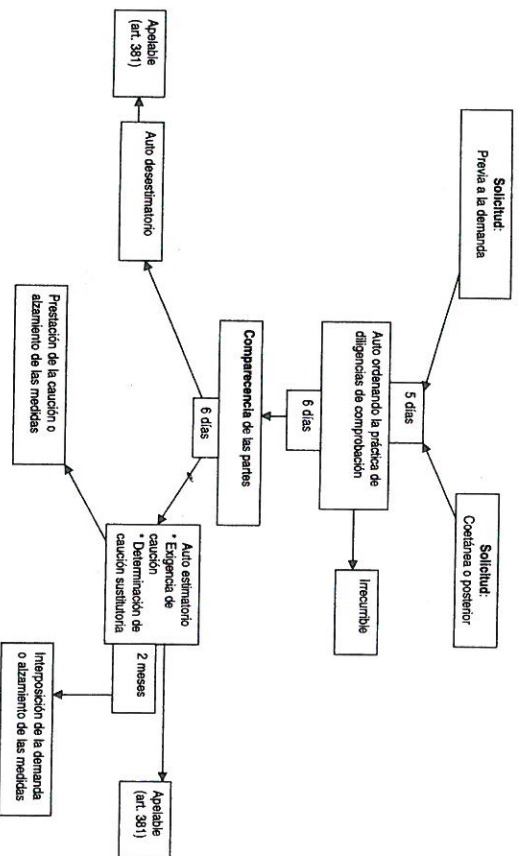
La solicitud de las medidas puede realizarse antes, en o después de interponer la demanda y, en el plazo de 5 días, el juez dicta un auto irrecorrible ordenando la práctica de diligencias de comprobación.

Practicadas éstas, o cuando no lo haya estimado necesario, se convoca a las partes a una comparecencia en la que pueden practicarse las pruebas propuestas. Al final de la misma, el juez dicta auto —apelable por aplicación de lo dispuesto en el art. 381— en el que desestima la adopción de las medidas

o acuerda su adopción, en cuyo caso, determina la cuantía y clase de caución que debe prestar el demandante y la caución sustitutoria que puede prestar el demandado para alzar las medidas originarias.

Si el demandante no hace efectiva la caución o no interpone la demanda en el plazo de 2 meses desde su adopción—en los casos en los que la solicitud se haya realizado antes de la interposición de la demanda—, se levantan las medidas adoptadas.

Este es el esquema del procedimiento a seguir para la adopción de estas medidas:



1.7. MEDIDAS PREVISTAS EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La DDÚnica.2.13º LEC 2000 deroga de forma expresa todos los preceptos reguladores de las medidas cautelares tanto si se

adoptan en procesos civiles como si se adoptan en procesos penales y, al mismo tiempo, al modificar la redacción los arts. 25.20, 103 y 143 de la LPI, remite a lo que dispone la ley procesal para la adopción de estas medidas, ya sea en procesos civiles, ya en procesos penales.

La vigencia, pues de este procedimiento, está supeditada a la aplicación de las situaciones transitorias previstas en las Disposiciones Transitorias de la LEC 2000.

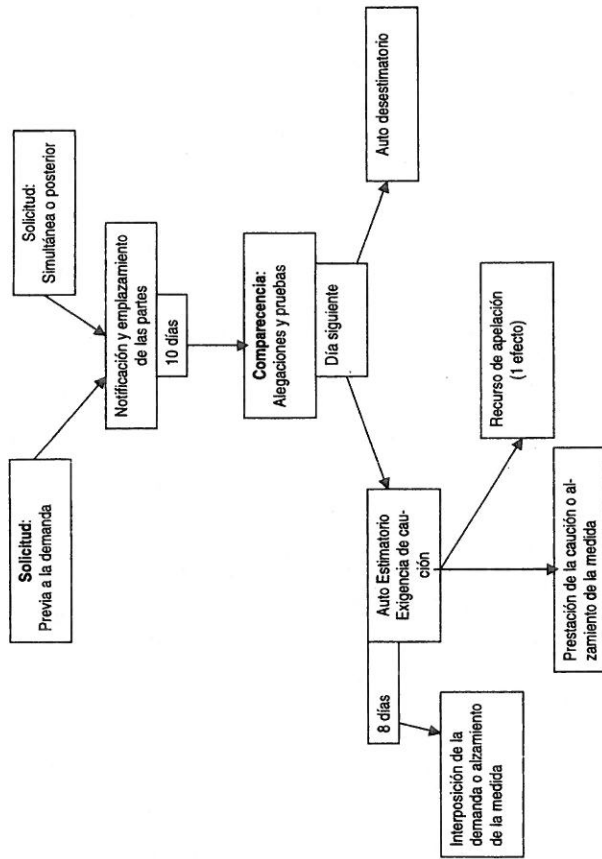
Formulada la petición de medidas cautelares—antes, en o después de interpuesta la demanda—, y tras notificarla al demandado, se emplaza a las partes a una comparecencia en la que se alega y prueba la concurrencia o ausencia de los presupuestos específicos de la adopción y, en su caso, sobre la necesidad y cuantificación de la caución que deba prestar el solicitante. Recuérdese que es posible que el juez ordene la emisión de informes o la práctica de otras diligencias de investigación, siempre que el objeto del proceso verse sobre la protección de programas informáticos y que, al propio tiempo, el legislador parece limitar la práctica de pruebas propuestas por las partes al reconocimiento judicial.

Finalizada la comparecencia, en el día siguiente, el juez dicta auto denegando la medida solicitada o acordando su adopción y, en este caso, señalando la cuantía y clase de caución que debe prestar el solicitante.

Este auto, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de apelación.

La medida se levanta cuando el solicitante no hace efectiva la caución exigida o cuando no interpone la demanda en el plazo de 8 días desde su adopción, en los casos en los que la solicitud se haya formulado antes de la interposición de la demanda.

El procedimiento a seguir es, en esquema, el siguiente:



1.8. MEDIDAS PREVISTAS EN LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

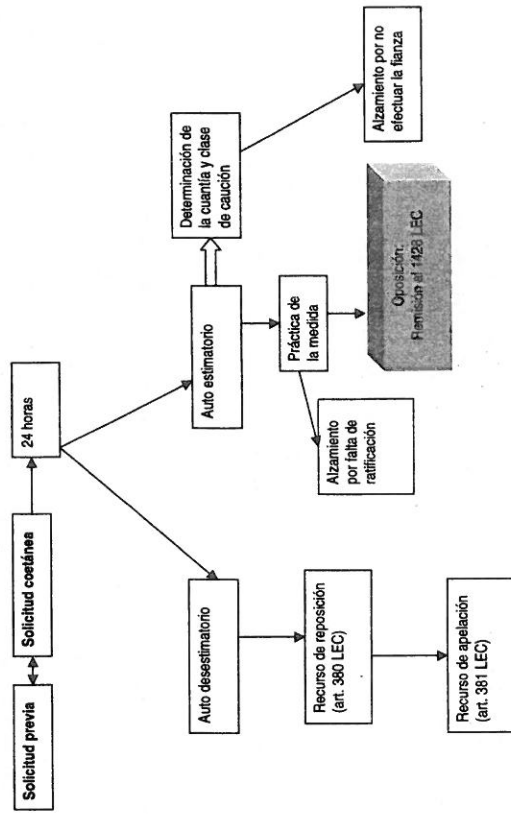
La adopción de estas medidas sigue dos caminos distintos según exista o no urgencia. Si no existe urgencia, el procedimiento a seguir es el establecido en el art. 1428 LEC; si existe urgencia, el procedimiento es el siguiente:

- Presentada la solicitud, que puede ser previa o anterior a la interposición de la demanda, el Juez decide si procede o no la adopción de la medida solicitada, a la vista, exclusivamente de las alegaciones y justificaciones presentadas por el demandante.
- Contra el auto que deniega la adopción de las medidas el demandante puede interponer recurso de reposición y,

contra el desestimatorio de ésta, el de apelación. Estos recursos no están previstos en la LCD, pero resultan de las normas generales contenidas en los arts. 380 y 381 LEC 1881.

- Por el contrario, el auto que acuerda la adopción de las medidas, en el que deberá fijarse la caución que proceda, no es susceptible de recurso. La razón está en que el art. 25.4 LCD remite, para lo no dispuesto expresamente, al art. 1428 LEC y, conforme a éste, el único mecanismo de impugnación que se permite al demandado es provocar el incidente de oposición.
- La necesidad de prestar caución deriva también de la aplicación supletoria del art. 1428 LEC; al igual que el alzamiento de la medida adoptada antes de la interposición de la demanda como consecuencia de la no interposición de ésta en el plazo de 8 días o, en su caso, de su inadmisión.

El procedimiento a seguir es:



2. PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN COETÁNEA A LA LEC 1881 QUE NO DESAPARECERÁN CON LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEC 2000

Como hemos podido comprobar a lo largo de este trabajo, son relativamente numerosas las disposiciones que afectan a la regulación actual de medidas cautelares específicas que no se derogan ni modifican —ya sea por voluntad expresa del legislador o por olvido de los letrados de las cámaras— y que, por tanto, seguirán vigentes aún después de la entrada en vigor de la nueva ley de enjuiciamiento civil. En algunas de ellas, las mínimas referencias procedimentales no están en clara contradicción con lo que se establece con carácter general en los arts. 721 y ss. LEC 2000; en otras, sí.

En el primer caso se encuentran las medidas de anotación preventiva de la demanda de impugnación del acuerdo de la sociedad anónima —art. 121 LSA—, la suspensión del acuerdo adoptado por la comunidad de propietarios —art. 16.4ª LPH— y el embargo para garantizar la sentencia que condena al copropietario al pago de las cantidades adeudadas a la comunidad —art. 20.2 LPH—. En el segundo, la anotación preventiva en el registro de la propiedad inmobiliaria —art. 42 LHI— y la suspensión del acuerdo de la sociedad anónima durante el proceso de impugnación —art. 120 LSA—.

2.1. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

El art. 121 LSA dispone que

«La anotación preventiva de la demanda de impugnación en el Registro Mercantil y su publicación en el Boletín Oficial podrán obtenerse con arreglo a lo pre-

visto en el Reglamento del Registro Mercantil. (...) La anotación preventiva de la demanda se cancelará cuando ésta se desestime por sentencia firme y cuando haya desistido de la acción la parte demandante o caducado la instancia ...»

El art. 155 RRM —regulador de la anotación preventiva— establece que la anotación «se practicará cuando, previa solicitud del demandante y con audiencia de la sociedad demandada, el Juez, a su prudente arbitrio, así lo ordenare. El Juez, a instancia de la sociedad demandada, podrá supeditar la adopción de la medida a la prestación por parte del demandante de una caución adecuada a los daños y perjuicios que puedan causarse». Las previsiones contenidas en el art. 156 RRM para la cancelación coinciden con las del párrafo 3 del art. 121 LSA.

A la vista de lo reproducido, las únicas diferencias que pueden plantear algún conflicto con la regulación genérica contenida en la LEC 2000 afectan:

1) Al momento en el que puede solicitarse la anotación preventiva, pues de los preceptos citados, no se desprende que pueda solicitarse con anterioridad a la interposición de la demanda. No obstante, ésta será también la norma general tras la entrada en vigor de la nueva ley y sólo se exceptuarán los casos en los que el demandante acredite la urgencia o la necesidad de la adopción previa.

2) A la discrecionalidad de la caución y a la necesidad de que la solicite el demandado, mientras que en la nueva regulación de las medidas cautelares la prestación de caución es preceptiva y se ordena de oficio.

3) Al levantamiento de la medida que, como hemos visto, está más limitado en la LSA y RRM que en la LEC 2000.

Desde el punto de vista del procedimiento a seguir para su adopción, no existen, sin embargo, elementos contradictorios. En consecuencia creo que deberá seguirse la tramitación señalada en los arts. 733 y ss. LEC.

Anteriormente, si bien con relación al depósito de cosa mueble, pero puede trasladarse con carácter general a cualquier otra medida cuya regulación concreta sea tan parca como la de él y por tanto también a las que ahora estamos examinando, he afirmado que la integración de la laguna legal puede seguir tres caminos distintos: ¿Es posible aplicar el procedimiento genérico instaurado para las medidas cautelares salvando las especialidades que presente la regulación concreta de la medida estudiada? ¿Es posible aplicar el procedimiento incidental ordinario? ¿Es posible crear un procedimiento *ad hoc*?

La recreación de un procedimiento *sui generis* a partir de los escasos datos que se establecen los arts. 121 LSA y 155 RRM carece, a mi juicio, de sentido. Su aplicación en el procedimiento genérico de la LEC 2000 no provoca disfunciones de ningún tipo; no aporta ninguna ventaja y supondría un riesgo grave de inseguridad jurídica.

La aplicación supletoria del procedimiento incidental ordinario establecido en los arts. 387 LEC 2000 tampoco me parece adecuada, aunque las medidas cautelares podrían tener cabida sin grandes problemas en uno de los conceptos de cuestión incidental: «cuestiones que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata».

La razón de mis dudas respecto de que éste pueda ser el procedimiento a seguir radican, en primer lugar, en que no resulta necesario como alternativa al procedimiento genérico; en segundo lugar, en que la anotación preventiva está especial-

mente prevista en la relación de medidas específicas que contiene el art. 727 LEC 2000; en tercer lugar, por último, por que el auto que resuelve el incidente es inimpugnable cuando, como sería el caso, no pone fin al proceso —art. 393.5 LEC 2000— y no encuentro razón alguna que pudiera justificar un régimen de recursos tan desigual entre cualquier otra medida y la de anotación preventiva de la demanda de impugnación del acuerdo de la sociedad anónima. Es cierto que, el mismo párrafo del art. 393 deja a salvo la posibilidad de impugnar esta resolución al apelar la sentencia definitiva, pero ¿qué sentido tiene? Articular la impugnación del auto que acuerda la anotación preventiva en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva, aún cuando se gane, no puede evitar que durante la sustanciación del proceso la medida haya estado vigente; articular la impugnación del auto que denegó su adopción, no impedirá que la ejecución de la sentencia deba respetar los derechos de terceros adquiridos al amparo de la publicidad registral, que es precisamente lo que se pretendía evitar al solicitar la anotación preventiva —ex. arts. 156.2 RRM y 122.2 LSA, (122.1, con la nueva redacción dada por la DF Tercera.2 LEC 2000)—.

2.2. SUSPENSIÓN DEL ACUERDO DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS

El art. 16 regla 4ª de la LPH dispone que

«los acuerdos (de la comunidad de propietarios) contrarios a la Ley o a los estatutos serán impugnables (...), pero el acuerdo será provisionalmente ejecutivo, salvo que el Juez ordene la suspensión».

La falta de regulación legal más detallada es subsanable bajo la vigencia de la LEC de 1881 acudiendo al procedimiento de las innominadas. ¿Qué ocurrirá tras la entrada en vigor de la LEC 2000?

Creo que la solución es exactamente la misma que en el caso anterior y por las mismas razones: deberá seguirse el procedimiento genérico de la LEC y sin ninguna especialidad³¹.

2.3. EMBARGO PREVENTIVO DE LA CANTIDAD DEBIDA A LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS

El art. 20.2 LPH declara que

«cualquiera que fuere el procedimiento que se utilizare para el cobro, la certificación del acuerdo de la Junta, aprobatorio de la liquidación de la deuda, será documento suficiente, a los efectos del núm. 1 art. 1400 LEC, para que pueda decretarse el embargo preventivo (...).».

Por su parte, el art. 21.5, tras la nueva redacción operada por la DT Primera.2, dispone que

«cuando el deudor se oponga a la petición inicial del proceso monitorio (...), el acreedor podrá solicitar el embargo preventivo de bienes (...). El tribunal acordará, en todo caso, el embargo preventivo sin necesidad de que el acreedor preste caución. No obstante, el deudor podrá enervar el embargo prestando aval bancario por la cuantía por la que hubiese sido decretado.».

Al margen de la paradoja que supone que esta DT dé una nueva redacción a un precepto y no modifique las referencias que el precedente hace a la ley procesal que se deroga, ni la vigencia formal de estas referencias, ni lo dispuesto en el nuevo art. 21, son justificación suficiente para sostener una inter-

³¹ La única duda puede estar en determinar si podrá solicitarse o no esta suspensión antes de la interposición de la demanda. Creo que, puesto que en la LPH no se prohíbe, el requisito temporal se registrá total y absolutamente por lo que dispone el art. 730 LEC 2000.

pretación contraria a la ofrecida para las medidas anteriormente comentadas.

La referencia al número 1 del art. 1400 LEC, deberá entenderse hecha a la justificación cumplida que requiere el art. 732.2 LEC 2000; la decisión sobre si se ordena o no el embargo, la impugnación de esta decisión, la modificación posterior de la medida, su alzamiento o cualquier otra incidencia que surja, se tramitarán a través del procedimiento genérico de los arts. 733 a 736 y, si concurre la urgencia definida en el art. 730, por el establecido para la adopción de la medida sin dar audiencia al demandado—art. 733 y 739—.

La adopción del embargo al que hace referencia el nuevo art. 21 LPH también se tramitará a través de uno de estos dos procedimientos—con audiencia: arts. 733 a 736; sin audiencia: arts. 733 y 739—. Pero presenta las siguientes especialidades:

1) Se solicita con relación al procedimiento ordinario, pero formalmente durante la tramitación del procedimiento monitorio. En realidad el requisito temporal no supone ninguna excepción a lo dicho por el art. 730: el embargo se solicitará en la demanda, como norma general.

Lo que ocurre es que el proceso monitorio se reconvierte en un proceso declarativo ordinario—el verbal o el ordinario—una vez que ha transcurrido el plazo señalado judicialmente para que el deudor satisfaga la cuantía reclamada o se oponga, cuando el demandado adopte esta última postura procesal. Si la cuantía reclamada es inferior a 500.000 pts., sin más trámite se produce la adecuación procedimental—art. 818.2—y en este momento es cuando se solicita la adopción del embargo, pues no es necesario interponer una nueva demanda distinta de la escueta que ha provocado la incoación del proceso monitorio.

Si la cuantía reclamada es superior a esta cantidad se concede al acreedor un plazo de un mes para que interponga la demanda del procedimiento ordinario y la admisión del escrito de oposición que haya presentado el demandado marca el momento en el que el demandante puede solicitar la adopción del embargo. ¿Significa esto que en estos casos se amplía el plazo de ratificación de la medida desde los 20 días —art. 730.2, párrafo 2— hasta un mes?

Si en el plazo de un mes el demandante del monitorio no interpone la demanda del proceso ordinario, dice el art. 818.2, se sobreseerán las actuaciones y se le condenará en costas; se sobreseerán las actuaciones del proceso monitorio, ningunas otras; es una especie de «desistimiento anticipado» del proceso ordinario. Solicitado y acordado el embargo preventivo al cumplirse el vigésimo día sin que el demandante haya interpuesto la demanda, se levantará el embargo y se le condenará al pago de las costas causadas en el incidente de la medida cautelar y, en su caso, a indemnizar los daños y perjuicios causados al demandado; pero las actuaciones del proceso monitorio no se ven afectadas por el incumplimiento de la condición temporal³².

³² ¿Debe reconocerse al acreedor cambiario un tratamiento similar a este? ¿Es posible que también él pueda solicitar la adopción del embargo preventivo cuando el deudor desoye el requerimiento de pago y además formula oposición a la pretensión cambiaria? Sin ningún género de dudas ambos acreedores deberían recibir idéntico tratamiento, aunque el legislador no lo haya previsto expresamente, dado que, como hemos visto, no constituye ninguna excepción a las normas generales de los arts. 717 y ss. Pero lo cierto es que no tiene aplicación en el juicio cambiario.

La admisión de la demanda del nuevo cambiario lleva acompañada la orden de embargo de los bienes necesarios para cubrir la cantidad reclamada, intereses de demora, gastos y costas que se lleva a la práctica cuando el deudor desoye el requerimiento de pago —art. 820—. Por eso, cuando el deudor presenta demanda de oposición no cabe plantearse la solicitud de medidas cautelares, pues los bienes ya están embargados.

2) El legislador ha excluido de forma expresa que el demandante esté obligado a ofrecer caución y a prestarla para que el embargo pueda adoptarse y llevarse a efecto.

2.4. ANOTACIÓN PREVENTIVA SOBRE BIENES INMUEBLES

El art. 42 LHI establece varios supuestos en los que procede la práctica de anotación preventiva sobre en el registro de la propiedad inmobiliaria y, casi todas, constituyen casos concretos de la medida cautelar prevista en los números 5º y 6º del art. 727 LEC 2000, del mismo modo que no plantea excesivos problemas su instrumentalidad respecto de las sentencias que pretenden garantizar las medidas innominadas.

El art. 43 LHI supedita la práctica de esta medida a la existencia de una providencia judicial dictada a instancia de parte legítima —cuando en el proceso se pretenda la propiedad de un bien inmueble inscrito, la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre bienes inscritos (42.1 LHI); la anotación del derecho hereditario sin adjudicación de bienes (42.6 LHI)— o también de oficio —cuando se pretenda la modificación del estado civil de las personas (art. 42.5 LHI). En otros de los supuestos del art. 42 LHI es también necesaria la orden judicial para proceder a la anotación preventiva, pero ésta ya no lo es de la demanda, sino de la medida cautelar adoptada —secuestro de inmuebles, limitación de las facultades de disposición de tales bienes (número 4) o embargo de inmuebles (número 2)— que constituye, propiamente, la actividad en que consiste su práctica; la traba jurídica.

Los arts. 57 y ss LHI y el art. 139 RH establecen los caracteres fundamentales del procedimiento que habrán que seguirse para la adopción de esta medida cautelar. Los arts. 173

y ss y especialmente el 199 RH establecen los supuestos de cancelación de la anotación preventiva.

El art. 68 LHI señala cuáles son los recursos que pueden interponerse contra la resolución que acuerde o deniegue la anotación preventiva.

De estos preceptos resultan los siguientes caracteres:

- La anotación preventiva se ordena sin dar audiencia al demandado. El art. 68 LHI dispone que
«el Juez o Tribunal mandará hacer la anotación, si fuere procedente, al admitir la demanda, y si aquélla se pidiese después, en el término del tercer día».
- La anotación preventiva sólo puede solicitarse en la propia demanda o después de su interposición. El mismo precepto señala que
«El que propusiere demanda (...) podrá pedir, al mismo tiempo o después, su anotación preventiva (...)».
- Es presupuesto de su adopción el ofrecimiento de caución; la efectiva prestación de la caución es condición de su eficacia.

Ninguno de estos preceptos se ha visto afectado por las Disposiciones Derogatoria Única y Transitorias de la LEC 2000, por tanto, al menos formalmente, siguen vigentes. Entonces ¿qué procedimiento habrá que seguir para solicitar la adopción de la medida cautelar? ¿Cuál para solicitar su alzamiento, modificación o resolver cualquier incidencia que su práctica provoque?

He afirmado con anterioridad que me resultaba muy difícil desde el punto de vista práctico, e incorrecto desde el punto

de vista jurídico, conjugar los caracteres que resultan de la LHI y del RH con el procedimiento establecido en el art. 1428 LEC y, las mismas razones alegadas entonces pueden justificar la dificultad de conjugarlos en el procedimiento genérico de los arts. 717 y ss LEC 2000.

Sin embargo, la solución de este problema con la LEC 1881 es sustancialmente diversa a su solución con la LEC 2000.

Bajo la vigencia de la LEC 1881 no procede la aplicación supletoria del procedimiento de las innominadas, fundamentalmente por la prohibición de dar audiencia al demandado antes de ordenar la anotación, puesto que la norma contenida en el art. 1428 LEC prevé de forma expresa la audiencia previa. Y este mismo obstáculo vamos a encontrar al aplicar la LEC 2000.

Bajo la vigencia de la LEC 1881 tampoco procede la aplicación del procedimiento incidental ordinario porque también en éste está prevista la audiencia —por escrito— de ambas partes y la práctica de pruebas que cualquiera de ellas ponga en defensa de sus respectivas posiciones. Igual argumentación ha de argüirse frente a la aplicación supletoria del procedimiento incidental ordinario de la nueva ley de enjuiciamiento civil. Pero además hay que añadir un nuevo dato: el auto que resolvía el incidente sin poner fin al juicio es irrecorrible autónomamente³³ ¿qué razón jurídica puede justificar la irrecorribilidad de la resolución judicial que ordene o que deniegue la adopción de la anotación preventiva, frente a la recurribilidad o, al menos, impugnabilidad de idéntica resolu-

³³ Al igual que hemos visto antes, la posibilidad de impugnar esta resolución al apelar la sentencia definitiva no satisface el interés de quién padece una anotación que estima improcedente o de aquél a quien no permiten la anotación que estima necesaria.

ción en todas las demás medidas cautelares que pueden adoptarse³⁴?

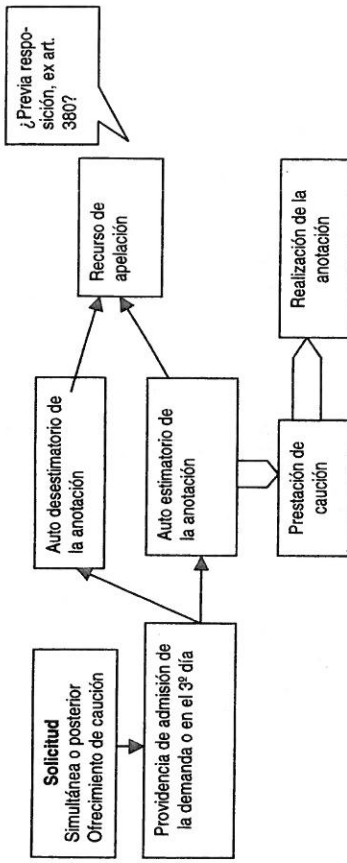
A estos problemas hay que añadir los derivados de la forma que debe adoptar la resolución que acuerda o deniega la anotación preventiva³⁵. El legislador alude en varias ocasiones a la «providencia». Está claro que esta no es la forma que debe revestir la resolución que se pronuncia sobre la adopción o no de medidas cautelares tras la promulgación de la LOPJ: si desestima la petición, porque el litigante tiene derecho a conocer los motivos; si la estima, porque el litigante que la sufre, tiene derecho también a conocer los motivos por los que se restringen sus derechos. Resulta evidente que, en ninguno de estos dos casos, la resolución tiene por objeto «la ordenación material del proceso» —art. 245 LOPJ—.

La promulgación de esta norma, ley orgánica y de 1985, supuso la derogación tácita de lo dispuesto en la LHI, Decreto y de 1946, a este respecto. Y a idéntica conclusión hay que llegar con la nueva LEC 2000. El art. 206.2.2^a prescribe la forma de auto para la resolución judicial que se pronuncie sobre «anotaciones (...) registrales, medidas cautelares (...).

Si tales son los problemas, la solución no puede ser otra que la reconstrucción de un procedimiento *sui generis* que podría esquematizarse así:

³⁴ Dejando a salvo, como se verá, la que se pronuncia sobre las medidas que se adopten en los procesos matrimoniales.

³⁵ Y reléase lo dicho anteriormente sobre los problemas que también provoca la conjugación de las normas generales de la LEC 1881 o LEC 2000 sobre recursos y el contenido del art. 68 LHI.



Ahora bien, si incluso con la LEC 1881, este procedimiento resulta un tanto forzado, el intento de compaginarlo con la LEC 2000 resulta totalmente infructuoso. Las disfunciones detectadas permanecerán y, en ocasiones, se agravarán (ya lo hemos comprobado), pero el mayor obstáculo lo constituye, a mi entender, la modificación que ha sufrido el principio de audiencia con relación a las medidas cautelares.

En la LEC 1881, aunque no existe una norma escrita, se induce de las regulaciones concretas al respecto, que las medidas cautelares se adoptan sin dar audiencia al demandado. Solo una vez acordadas se le oye, bien a través del recurso, bien a través de un incidente de oposición. Las únicas excepciones se encontraban en las medidas innominadas, dentro de las reguladas en la propia ley —quizá por la fecha de modificación del art. 1428 LEC—.

La situación es justamente la contraria con la nueva ley de enjuiciamiento civil: la norma escrita y general es el respeto al principio de audiencia; la excepción, expresamente previstos por el solicitante sólo cuando éste alegue y acredite la existencia de riesgos adicionales derivados de la propia audiencia previa.

No resulta, pues, adecuado sostener la vigencia de un procedimiento que vulnera tan frontalmente lo dispuesto con carácter general en la LEC 2000. La única posibilidad de interpretación es pues, de nuevo, la primera que planteaba: la aplicación del procedimiento establecido en los arts. 733 a 736 LEC 2000 para la adopción de la anotación preventiva.

Y se me dirá ¿cómo se conjuga la falta de audiencia prevista en la LHI con la audiencia prevista en la LEC 2000? Pues de ninguna manera; con la derogación tácita de lo dispuesto en la LHI y RH al respecto como consecuencia del apartado 3 de la Disposición Derogatoria Única: lo dispuesto en la LHI y en el RHI se opone y además es incompatible con lo dispuesto en la LEC 2000.

Aún cabe preguntar: ¿No es posible considerar aplicable el procedimiento establecido en el art. 733.2 y 3 y 739 para la adopción sin audiencia? No, no creo que existan razones jurídicas mínimamente aducibles como para justificar que lo que constituye norma excepcional para todas las medidas se convierta en norma general para la anotación preventiva cuando supone la vulneración de los derechos procesales que asisten también al demandado.

2.5. SUSPENSIÓN DEL ACUERDO SOBRE SOCIEDAD ANÓNIMA

El procedimiento establecido en el art. 120 LSA para solicitar la suspensión del acuerdo de la sociedad anónima durante la tramitación del proceso para su impugnación resulta aplicable tanto bajo la vigencia de la LEC 1881 como cuando entre en vigor la nueva LEC 2000, puesto que el legislador no ha derogado lo dispuesto en el art. 120 de la LSA.

No obstante, la aplicación de las normas generales de las

leyes procesales para completar los aspectos procedimentales que el precepto no regula, provocan algunas disfunciones. De ellas, las más llamativas afectan a los siguientes temas:

- Porcentaje exigido para que pueda solicitarse la suspensión. Conforme a la redacción actual del art. 120, es suficiente que los solicitantes representen el 5% del capital social; conforme al art. 517 LEC 2000, regla 10.^a, se exige que representen el 1% si la sociedad demandada ha emitido valores admitidos a negociación en mercados secundarios y oficiales o el 5%, en caso contrario.
- Recursos. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 120 LSA, contra el auto estimatorio o denegatorio de la suspensión solicitada puede interponerse recurso de reposición y contra el auto de desestime éste, recurso de apelación; el auto que estime el recurso de reposición es irrecurrible e inimpugnabile.

Sin embargo, la LEC 2000 establece —art. 454— que los autos son recurribles en reposición y contra el que resolviera este recurso sólo es posible recurrir en queja cuando el legislador expresamente lo haya previsto. Existe, pues, una clara contradicción entre lo dispuesto con carácter general en la LEC 2000 y lo previsto en el art. 120 LSA.

Del mismo modo, está previsto que el incidente en el que va a decidirse si procede o no la suspensión del acuerdo en casos de urgencia, que se tramita con carácter previo y de acuerdo con lo dispuesto para los procedimientos incidentales, finalice por sentencia y que ésta sea apelable —art. 758 LEC 1881—. La nueva LEC 2000 es muy cicatera con la forma de sentencia y prefiere que las resoluciones que no ponen fin al proceso revistan forma de auto (lo que, en última instancia, no tiene excesiva importancia, por la necesidad de motivación)

y estos autos, cuando resuelven un incidente son irrecurribles, a tenor de lo dispuesto en el art. 392.5. Vuelve a existir pues una clara contradicción entre las normas que deben integrar supletoriamente las lagunas del art. 120 LSA.

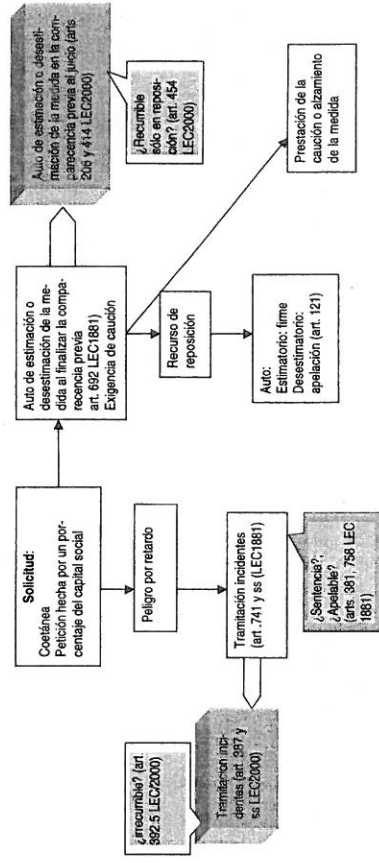
El procedimiento para ordenar la suspensión del acuerdo impugnado o para desestimar la petición es relativamente sencillo.

Presentada la solicitud —en la propia demanda o con posterioridad— la tramitación se diversifica atendiendo a la urgencia de la medida:

Si existe un riesgo adicional por el retardo que pueda sufrir la adopción, se convoca a las partes a una comparecencia que se tramita conforme al procedimiento incidental —arts. 741 y ss LEC 1881; 387 y ss. LEC 2000—, y finalizada, se dicta sentencia —o auto— acordando o denegando la suspensión solicitada y señalando, en su caso, la caución que debe prestar el demandante para que la suspensión sea efectiva.

Si no existe este riesgo, las alegaciones y pruebas necesarias se producirán en la comparecencia previa del juicio de menor cuantía —LEC 1881— o del ordinario —LEC 2000— y, al finalizar la comparecencia, el juez dictará auto acordando o denegando la suspensión y señalando en su caso la caución necesaria para su efectividad.

La tramitación procedimental, y su contraste entre la actual LEC de 1881 y la LEC 2000, resulta ser la siguiente:



3. PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LA LEC 200

3.1. GENERAL PARA LA ADOPCIÓN, MODIFICACIÓN Y SUSTITUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Este procedimiento será aplicable a todas las medidas cautelares enumeradas en el art. 727 LEC, al embargo preventivo al que aluden los arts. 20.2 y 21 LPH, a la suspensión del acuerdo de la comunidad de propietarios —art. 16.4ª LPH—, a las medidas previstas en las leyes General de Publicidad, de Competencia Desleal —art. 22—, de Patentes —art. 133—, de marcas —art. 40— (en ambos casos, con un plazo de ratificación de 2 meses) y de propiedad intelectual —art. 25.20 y 103—³⁶.

³⁶ Con relación a estas medidas previstas en las leyes de propiedad intelectual e industrial, general de publicidad y competencia desleal, y puesto que su núcleo fundamental consiste en la prohibición y cesación de actividades ilícitas, el art. 732.2, párrafo 2, prevé que, con carácter urgente y antes de dar traslado de la solicitud al demandado, se puedan recabar los informes y ordenar las investigaciones que el solicitante no pueda aportar por sí mismo y de las que dependa la adopción de la medida.

Tampoco se plantean grandes problemas, ya lo hemos visto, para que pueda servir para la adopción de la anotación preventiva regulada en los arts. 121 LSA y 155 RRM.

También es de aplicación para la adopción de medidas en procesos de incapacitación —por remisión expresa del art. 762 LEC— y en procesos de filiación cuando no existan razones de urgencia para adoptarlas sin más trámite —por expresa remisión del art. 768 LEC—.

Su tramitación para adoptar la anotación preventiva sobre bienes inmuebles supone, como se ha afirmado, la derogación tácita de los aspectos procedimentales regulados en los arts. 43 y 68 LHI y 139 RH.

El procedimiento se diversifica dependiendo de la urgencia; mejor dicho, de que el demandante afirme, y luego demuestre, que la audiencia previa del demandado podría frustrar el buen fin de la medida cautelar solicitada —art. 730 LEC—.

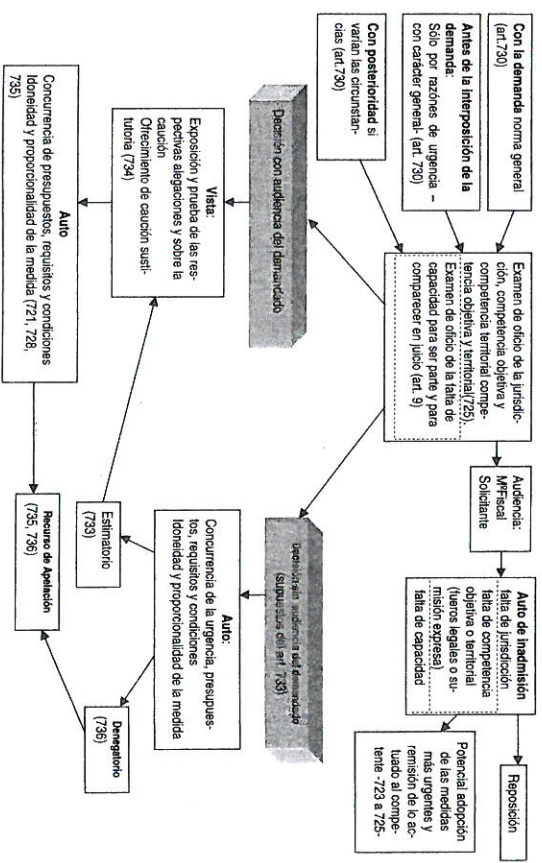
En este caso, el auto estimando o denegando la adopción de la medida cautelar se emite atendiendo sólo a la alegación y justificación del demandante sobre la concurrencia de los presupuestos, requisitos y condiciones para su adopción y a la idoneidad y proporcionalidad de la medida solicitada —art. 726.2ª—. El desestimatorio es recurrible en apelación —arts. 735 y 736—; el estimatorio es irrecurrible, pero el demandado puede impugnarlo y la impugnación se tramita a través del procedimiento establecido con carácter general para la adopción de las medidas.

Cuando no existen razones de urgencia que propicien la falta de audiencia, el juez notifica la solicitud al demandado y le emplaza a una comparecencia. En ella cada una de las partes podrá alegar y probar lo que estime pertinente sobre la concurrencia o ausencia de presupuestos, requisitos, condiciones, idoneidad y proporcionalidad de la medida; cuantía y clase de caución como contracautela y como sustituto de la medida originaria. Finalizada esta comparecencia el juez dicta auto

ordenando la adopción, o denegándola, de la medida solicitada y determinando lo que sea procedente sobre las cauciones que deben prestar cada uno de los litigantes —para que la medida se lleve a la práctica; para que sea sustituida—.

En cualquiera de los dos casos, el auto es susceptible de apelación. No obstante, si el procedimiento se ha tramitado exclusivamente para decidir si una medida ya adoptada puede o no ser alzada cuando el demandado preste caución sustitutoria, el auto que se pronuncie sobre la sustitución, la cuantía y el tipo de caución es inimpugnable —art. 747.2—.

El procedimiento que sigue es el genérico y común para la adopción y la modificación de medidas cautelares y también para sustituir las adoptadas por una caución:



3.2. MEDIDAS EN PROCESOS MATRIMONIALES

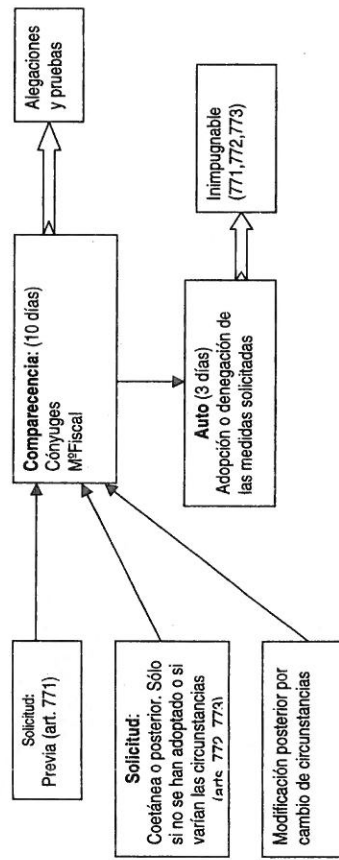
El nuevo procedimiento instaurado en el art. 771 es común para la adopción de estas medidas ya se soliciten antes de la

interposición de la demanda, ya en la propia demanda, ya una vez incoado el proceso y también para solicitar la modificación de las medidas adoptadas inicialmente.

La simplicidad del procedimiento, caracterizado por la audiencia de ambas partes antes de que exista un pronunciamiento sobre la adopción de las medidas, contrasta con la imposibilidad de modificación posterior o de solicitud posterior salvo que se produzca un cambio de circunstancias tal que determinen la revocación de las acordadas y la adopción de otras sustitutivas. Del mismo modo, contrasta con la inimpugnabilidad del auto que se pronuncie sobre la adopción de las medidas o su desestimación —arts. 771, 772 y 773—.

Creo que en este caso, el procedimiento será el establecido en los arts. 733 y 739 y ss. LEC.

El procedimiento para la adopción de medidas en procesos matrimoniales, ya sean previas, ya simultáneas o para la modificación de las adoptadas y para la adopción de medidas en procesos, puede esquematizarse así:



3.3. MEDIDAS EN PROCESOS DE FILIACIÓN

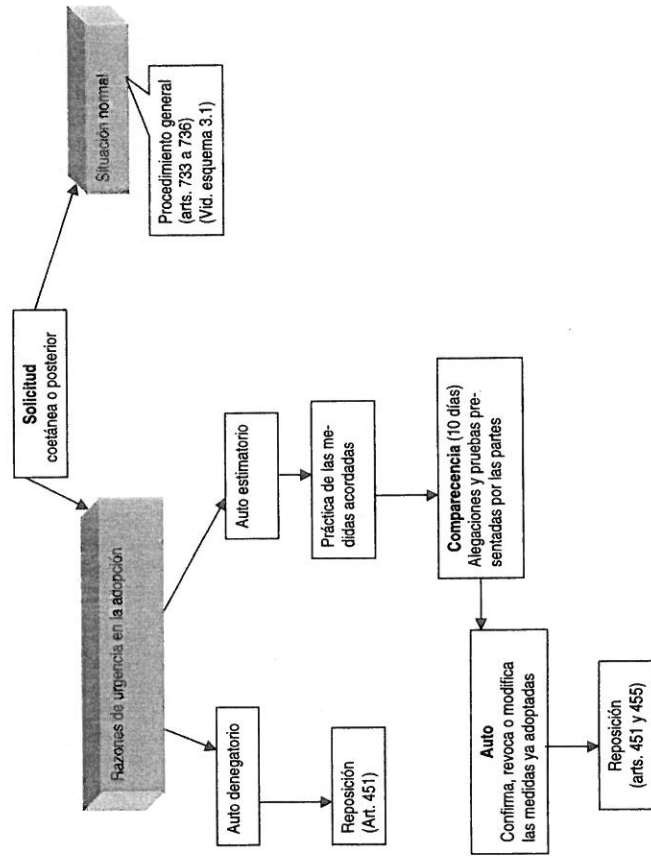
El art. 762 LEC remite también al procedimiento genérico de los arts. 733 a 736 para la adopción de medidas en procesos de

filiación cuando no existan razones de urgencia. No se establece en este caso ninguna especialidad —salvo la derivada de la posible intervención del M° Fiscal y la exclusión expresa de la causalidad como condición de la medida de pensión alimenticia—.

El legislador ha instituido un procedimiento diferente cuando existan razones de urgencia que favorezcan la adopción de medidas en procesos de filiación «sin más trámite».

El único punto oscuro en la tramitación del procedimiento que creo que está en la determinación de los recursos que pueden interponerse contra el auto que resuelva la oposición del demandado frente al auto que acordó la medida sin darle audiencia. Al no declarar que dicho auto es apelable, no es posible la interposición de este recurso —art. 455—; por tanto, sólo es susceptible de recurso de reposición —art. 451—.

El procedimiento a seguir es:



3.4. MEDIDAS EN PROCESOS DE INCAPACITACIÓN

El legislador ha previsto, como ya hemos visto, que en relación a los procesos de incapacitación puedan acordarse las medidas cautelares necesarias para la protección de la persona y del patrimonio del presunto incapaz; medidas que son distintas a su internamiento—puesto que éste se encuentra regulado de forma autónoma y separada en el art. 763 LEC—.

Una de las características más llamativas de estas medidas radica en la imposibilidad de que puedan solicitarse antes de la interposición de la demanda—al igual que, como acabamos de ver, sucede con las medidas adoptables en procesos de filiación—, salvo que el solicitante sea el Ministerio Fiscal. Los restantes legitimados activamente para el ejercicio de la acción de incapacitación conforme al art. 757 LEC, sólo podrán solicitarlas, como muy pronto, en la propia demanda y, sin precede, durante la tramitación del proceso. Lo dispuesto en el segundo inciso del párrafo 2 del art. 762 supone la derogación de lo establecido en el art. 730, sobre la posible solicitud previa, por razones de urgencia.

Directamente relacionada con la anterior, otra de las diferencias que presentan estas medidas, y que la distinguen de todas las demás, es la posibilidad de que el Juez ordene de oficio su adopción, no ya durante la tramitación del proceso de incapacitación, sino incluso antes de que éste comience e, inmediatamente, debe transmitirle al Ministerio Fiscal la noticia de la existencia de una persona presuntamente incurso en una causa de incapacitación para que éste, si lo estima procedente, interponga la demanda. La actuación de oficio se produce cuando el Juez conozca, por cualquier medio de información, la existencia de una persona presuntamente incurso en una causa de incapacitación y, sin duda alguna, adquirirá esta noticia cuando los legitimados para la interposición de la

demanda pretendan que las medidas cautelares se adopten antes de la incoación del proceso. Y, como también he señalado anteriormente, la única justificación que encuentro para esta actuación de oficio es la urgencia en la adopción de las medidas procedentes.

Puesto que el legislador ha prohibido que la medida pueda adoptarse antes de la interposición de la demanda, resulta totalmente lógico que tampoco haya señalado cuál es el plazo para su ratificación. Lo que ya no resulta tan coherente es que tampoco se haya planteado cuál es el plazo de vigencia de la medida adoptada de oficio antes de la incoación del proceso.

No plantea excesivos problemas que la medida se haya adoptado antes de la incoación del proceso cuando la petición procede del Ministerio Fiscal, puesto que parece evidente que si éste considera procedente la adopción de la medida, inmediatamente después de adoptarse, interpondrá la correspondiente demanda. Pero ¿qué ocurrirá cuando el Juez haya adoptado la medida de oficio, transmita la noticia al Fiscal para que en su caso interponga la demanda y éste no considere que el afectado se encuentra presuntamente incurso en una causa de incapacitación y, en consecuencia, no interponga la demanda? Sin duda, habrá que levantar las medidas adoptadas. ¿En qué plazo? ¿En el de 20 días, que es el general para la ratificación? No. Creo que las medidas deberían levantarse de forma inmediata, pues no encuentro justificación alguna para que el ministerio fiscal no actúe con la debida diligencia e interponga la demanda sin dilación alguna una vez conocida la situación de presunta incapacitación y las razones que han motivado la adopción de estas medidas de oficio y previamente al proceso, contrastándola con los intereses del directamente afectado—el presunto incapaz— y con el contenido de las medidas, necesariamente limitativas de sus derechos y libertades civiles, familiares, sociales, profesionales, económicas, etc.

En relación al procedimiento que deberá seguirse para la adopción de estas medidas el legislador es muy parco: tan sólo señala que «como regla, ... se acordarán previa audiencia de las personas afectadas. (y que) Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736». Esto es, la situación normal es la audiencia y el procedimiento, entonces, es el genérico examinado en el apartado 3.1, con la única salvedad de que en la comparecencia intervendrá necesariamente el Ministerio Fiscal y que las personas afectadas pueden ser, no sólo el presunto incapaz —que, evidentemente lo es—, sino también los que conforme al art. 757 pueden ejercer la acción de incapacitación.

Ahora bien ¿qué motivos pueden provocar la adopción de estas medidas sin dar audiencia a los afectados? Creo que tan sólo las que con carácter general están previstas en el apartado segundo del art. 733: razones de urgencia o fundadas sospechas de que si existe una audiencia previa puede comprometerse la finalidad o la efectividad de la propia medida cautelar.

Y ¿cuál es el procedimiento a seguir para adoptar la medida sin dar audiencia a los afectados? La duda surge porque el legislador no nos remite a lo dispuesto en los arts. 733 y 739, donde se regulan tanto el sencillo procedimiento para su adopción, como la impugnabilidad de la resolución. Creo que no existe ningún argumento que avale jurídicamente la inaplicabilidad de estos preceptos, ni que justifique el establecimiento de un procedimiento específico. En primer lugar, porque cualquier procedimiento que queramos imaginar no puede consistir en nada más que en lo que consiste el previsto en el art. 733: esto es: solicitud, examen de los hechos y justificaciones alegados por el solicitante, examen de los motivos que funden la adopción sin dar audiencia a los afectados, de la proporcionalidad y finalidad de la medida y decisión por medio de auto.

En segundo lugar, porque si seguimos el previsto en el art. 733, nos encontramos con que este auto es irrecurrible, pero que puede impugnarse a través del procedimiento establecido en los arts. 734 y 735 y que contra el auto que resuelve el incidente de oposición podrá interponerse recurso de apelación —art. 741—. De seguir esta interpretación, el auto que ordena la adopción de la medida cautelar sólo sería recurrible en reposición —ex. art. 451 LEC— y resuelta la reposición, la resolución devendría firme, lo que, sin ningún género de dudas, supone una desigualdad infundada entre los afectados por estas medidas y los afectados por cualquier otra medida cautelar.

Así pues, cuando las medidas se adopten sin dar audiencia a los afectados, ya sea de oficio, antes de la interposición de la demanda, a petición del Ministerio Fiscal, antes o después de interponerse la demanda, ya sea a petición de cualquier otra parte demandante, el procedimiento será el establecido con carácter general en el art. 733. Y la impugnación de las medidas acordadas seguirá la tramitación prevista en el art. 739.

* * *



BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ESTEVEZ: «La protección de los ciudadanos frente a la publicidad ilícita», *Justicia*, 1989-IV.
- «Planteamientos básicos sobre el proceso y procedimiento de la Ley General de Publicidad», *Revista General de Derecho*, 1990, n.º 547.
- ASENCIO MELLADO: «La protección procesal del derecho de patentes», *Varios: Estudios de Derecho Procesal en honor del profesor Faén Guillén*, Valencia, 1990.
- «El proceso de nulidad de patentes», *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, 1989, n.º 3.
- BARONA VILLAR: «El proceso de impugnación de acuerdos contrarios a la Ley o a los Estatutos, en materia de propiedad horizontal», *Justicia*, 1985-IV.
- BARRILERO YARROZ: «Las medidas provisionales en la redacción actual del Código Civil (principales aspectos innovadores de la reforma de la Ley 7 de julio de 1981)», *Varios Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991). Resultados y experiencias*, San Sebastian, 1992.
- BELLIDO PENADÉS: «La tutela cautelar de la propiedad industrial, competencia desleal y materias afines. Propuestas para su reforma», *La Ley*, I, 1998, págs.
- BONET NAVARRO: Comentario a la D.A. Tercera, en *VARIOS: Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, 1994, 2ª ed., págs. 1430 y ss.
- CACHÓN CADENAS: «Sustitución del embargo y alteración del orden legal de prelación de los bienes a embargar», *Justicia*, 1984-I.
- CALDERÓN CUADRADO: *Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Madrid, 1992.
- «La tutela cautelar en el arbitraje de consumo», en *VARIOS: Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo* (Actas del Seminario Arbitraje de Consumo), Valencia, 1995, págs. 179 y ss.
- CALVO CABELLO: «Medidas cautelares en materia de derechos intelectuales. La modificación del artículo 127 LPI por la Ley 20/1992, de 7 de

- julio. La experiencia española», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1676, 1993, págs. 3379 y ss.
- CARRERAS LLANSANA: *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957.
- «Las medidas cautelares del art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en Carreras Llansana-Fenech Navarro: *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962.
- CORDÓN MORENO: «Breve examen jurisprudencial del embargo preventivo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1983.
- CUCARELLA GALIANA: «Medidas cautelares previas al laudo arbitral: una revisión de la jurisprudencia reciente», *Tribunales de Justicia*, 1997, n.º 3, págs. 307 y ss.
- «Arbitraje y tutela cautelar en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en VARIOS: *Jornadas nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Murcia, 1997, págs. 355 y ss.
- DÍEZ PICAZO: «Las anotaciones preventivas», *Revista de Derecho Notarial*, 1964.
- ESCAJÓN NÚÑEZ: «Las medidas cautelares innominadas o atípicas», en VARIOS: *Constitución, Derecho y proceso. Estudios en memoria de los profesores Herce y Duque*, Zaragoza, 1983.
- FAIRÉN GUILLÉN: «El proceso cautelar español», *Temas del ordenamiento procesal*, II, Madrid, 1969.
- «La reforma del proceso cautelar español», *Temas del ordenamiento procesal*, II, Madrid, 1969.
- FERNÁNDEZ DE TIRSO: «El artículo 1420 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista de Derecho Procesal*, 1966.
- FERNANDO SAURA: «De los efectos y medidas «provisionales» en la ley 30/1981», *Justicia*, 1982-II.
- GASCÓN INCHAUSTI: *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (artículo 24 del Convenio de Bruselas)*, Granada, 1998.
- GIMENO SENDRA: *La reforma procesal mercantil. Los nuevos procesos de impugnación de acuerdos y de la propiedad industrial*, Valencia, 1990.
- *El proceso de impugnación de acuerdos de las Sociedades Anónimas*, Valencia, 1993.
- *El proceso e impugnación de acuerdos de las Sociedades Anónimas y Cooperativas*, Madrid, 1985.
- GINER PARREÑO: *La acción cesatoria y la medida cautelar de cesación en el Derecho de marcas español. Reflexiones al hilo de la Ley de Patentes y del proyecto de Ley de Marcas*, Justicia, 1988.
- GONZÁLEZ MONTES, J.: «Las medidas cautelares personales en nuestro ordenamiento», en VARIOS: *El sistema de medidas cautelares*, IX Reunión de profesores de Derecho Procesal, Pamplona, 1974.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: «Las medidas provisionales en las crisis matrimoniales», *Justicia*, 1989-II.

- GUASP DELGADO: «Modificación de las medidas cautelares adoptadas al amparo del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Abogados*, 1953.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES: «Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares», *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO: «El embargo preventivo sin documento cualificado previo», en VARIOS: *El sistema de medidas cautelares*, IX Reunión de profesores de Derecho Procesal, Pamplona, 1974.
- JOVE: *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Barcelona, 1995.
- LORCA NAVARRETE: «Cuestiones procesales relativas a la publoicidad ilícita», *La Ley*, 1989-I.
- «Acciones y procedimientos en la Ley de Propiedad Intelectual», *RGD*, 1989, n.º 534.
- «El proceso sobre marcas», *RGD*, 1989, n.º 536.
- «Anotaciones críticas al régimen legal de las medidas a adoptar con ocasión de la incoación de procesos matrimoniales», en VARIOS: *Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991). Resultados y experiencias*, San Sebastian, 1992.
- , VALENCIA MIRÓN, FONT SERRA, IRIARTE ÁNGEL: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1991.
- MARÍN PAGO: «Notas en torno a la contracautela en el proceso civil, como manifestación del derecho a la tutela efectiva. Su presunta colisión con el art. 14 de la Constitución», *La Ley*, 1988, n.º 2038.
- MARTÍN PASTOR: *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles*, Granada, 1997.
- MIGUEL Y ALONSO: *Voz «Aseguramiento de bienes litigiosos»*, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, III.
- MONTES REYES: «La anotación preventiva de demanda como manifestación de la justicia preventiva», en VARIOS: *El sistema de medidas cautelares*, IX Reunión de profesores de Derecho Procesal, Pamplona, 1974.
- *Registro y proceso: Anotaciones preventivas*, Salamanca, 1978.
- MONTERO AROCA: «Medidas cautelares», *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1988.
- MONTÓN REDONDO: «Líneas generales de la nueva normativa procesal en materia de patentes y modelos de utilidad», *La Ley*, 1986, 4, págs. 1105 y ss.
- «El proceso de la Ley General de Publicidad», *La Ley*, 1989, 1, págs. 1046 y ss.
- MUERZA ESPARZA: *Aspectos procesales de las acciones de cesación y prohibición de daños en el ámbito del Derecho Industrial y de la competencia*, Barcelona, 1997.
- MUNOZ ROJAS: «Sobre la nueva ley de Patentes (aspectos sustantivos y procesales)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1986.

- «Protección jurídica de las marcas comerciales registradas», *RVDPA*, 1989, n.º 3.
- *Facetas —sustantivas y procesales— de la Ley de publicidad*, en VARIOS, *Estudios de Derecho Procesal en honor del profesor Fairén*.
- «Perfiles de la Propiedad intelectual», *Actuialidad Civil*, n.º 29, 1988.
- MUÑOZ SABARTE: «Las medidas cautelares en la Ley de Patentes», *La Ley*, 1987, 1, págs. 1030 y ss.
- «Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1991, 3, págs. 729 y ss.
- «Medidas cautelares en el arbitraje a la luz de la máxima *inclusio unius, exclusio alterius*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1996, págs. 199 y ss.
- MUÑOZ LAGOS: «Las medidas cautelares innominadas o atípicas», en VARIOS: *Constitución, Derecho y proceso. Estudios en memoria de los profesores Herce y Duque*, Zaragoza, 1983.
- DE LA OLIVA SANTOS-DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «Especialidades procesales en la Ley de Sociedades Anónimas», *Revista de Derecho Procesal*, 1990, 3, págs. 421 y ss.
- «Los procedimientos judiciales en la nueva legislación societaria», *La Ley*, 1990-1.
- ORMAZABAL SANNCHEZ: «La tutela cautelar de la propiedad intelectual en el proceso civil», *Revista General de Derecho*, 1996, n. 619, págs. 3762 y ss.
- ORTELLS RAMOS: *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984.
- «Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC», *Justicia*, 1989-I, págs. 43 y ss.
- «Los presupuestos del embargo preventivo y el procedimiento para su adopción: revisió de la jurisprudencia reciente», *La Ley*, 1997, 1, págs. 2118 y ss.
- «Las medidas cautelares. Análisis crítico del Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en VARIOS: *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Murcia, 1997, págs. 535 y ss.
- ORTELLS RAMOS-CALDERÓN CUADRADO: *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, 1996.
- PEDRAZ PENALVA: «Apuntes sobre las denominadas medidas provisionales en los procesos matrimoniales», en VARIOS: *Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991)*. *Resultados y experiencias*, San Sebastián, 1992.
- «La tutela cautelar durante la paralización del proceso civil de declaración», *Justicia*, 1990-III.
- PÉREZ DAUDI: *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Barcelona, 1996.
- PUERTO-CASTRO y FERRÁNDIZ: «Efecto suspensivo del recurso de apelación. Si le corresponde al juez inferior o a la Audiencia conocer de un inci-
- dente de aseguramiento de bienes litigiosos», *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, II, Madrid, 1950.
- RAMOS MÉNDEZ: *La anotación preventiva de demanda*, Barcelona, 1980.
- «Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil», *Justicia*, 1985, 1, págs.
- RIFA SOLER: *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, 1983.
- SANZ VIOLA: «Las medidas previas a la interposición de las demandas de nulidad, separación o divorcio después de las reformas llegadas a cabo por las leyes de 7 de julio de 1981 y de 6 de agosto de 1984», *La Ley*, 1985-III.
- SERRA DOMÍNGUEZ: «La intervención judicial de bienes litigiosos», *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969
- SERRA DOMÍNGUEZ-RAMOS MÉNDEZ: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974.
- TAPIA FERNÁNDEZ: «El artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1985, IV, págs. 66 y ss.
- TORRES CRUELLS: «Recurso contra la providencia decretando la anotación preventiva», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1963.
- VALLS COMBAU: «Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales», *Cuadernos de Derecho Judicial. Las medidas cautelares*, 1993.
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN: *Las medidas y los efectos en los procesos matrimoniales*, Granada, 1995.

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EL DÍA 7
DE ENERO, FESTIVIDAD DE SAN RAIMUNDO,
EN LOS TALLERES DE IMPRENTA TA-
RAVILLA, MESÓN DE PANOS, 6.
28013 MADRID

