

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA EJECUCION PROVISIONAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1998

Julio J. Muerza Esparza
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: PRIMERA PARTE: LA EJECUCION PROVISIONAL. I. PLANTEAMIENTO. II. CARACTERISTICAS GENERALES. III. OBJETO DE LA EJECUCION PROVISIONAL. IV. SUJETOS DE LA EJECUCION PROVISIONAL. V. LA EJECUCION PROVISIONAL DE SENTENCIAS DE CONDENA DICTADAS EN PRIMERA INSTANCIA: 1) La demanda ejecutiva y el despacho de ejecución; 2) La oposición a la ejecución provisional; 3) La decisión sobre la oposición a la ejecución provisional. VI. LA CONFIRMACION O REVOCACION DE LA EJECUCION PROVISIONAL. VII. PARTICULARIDADES DE LA EJECUCION PROVISIONAL DE SENTENCIAS DE CONDENA DICTADAS EN SEGUNDA INSTANCIA. SEGUNDA PARTE: LAS MEDIDAS CAUTELARES. I. INTRODUCCION. II. CARACTERISTICAS. III. PRESUPUESTOS. IV. CLASES. V. PROCEDIMIENTO. VI. OPOSICION SIN AUDIENCIA DEL DEMANDADO. VII. MODIFICACION Y ALZAMIENTO. VIII. LA CAUCION SUSTITUTORIA. IX. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.

PRIMERA PARTE: LA EJECUCION PROVISIONAL

I. PLANTEAMIENTO

El artículo 118 de la Constitución establece que: “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones *firmes* de los Jueces y Tribunales...”. Si se entendiese que es a esta clase de resoluciones, las firmes, a las únicas que la Constitución vincula la obligación de su cumplimiento, cabría plantearse la posible inconstitucionalidad de un precepto que permitiese iniciar la ejecución de una resolución que no hubiese alcanzado tal firmeza. Sin embargo, como es sabido, esta tesis no ha sido defendida. Al contrario, la doctrina de los autores viene sosteniendo desde hace tiempo que lo que protege ese artículo 118, porque así lo expresa textualmente, es que no pueden quedar sin ejecución las sentencias firmes; no que sólo sean ejecutables las sentencias firmes. Por otro lado, interpretando *a sensu contrario* el citado precepto constitucional se concluye que no exis-

te un deber constitucionalmente establecido de cumplir resoluciones judiciales no firmes, con lo que el legislador ordinario podrá ejercer su poder de configurar normativamente una obligación de cumplimiento de resoluciones no firmes¹. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional tiene declarado que del derecho fundamental a la ejecución de las sentencias "...no puede, en términos generales y con esa misma naturaleza constitucional, deducirse el derecho a la no ejecución provisional de las sentencias cuya posibilidad esté permitida en términos de legalidad ordinaria por las normas procesales de los diferentes órdenes jurisdiccionales" (STC 80/1990, de 26 de abril).

Partiendo de esta constitucionalidad, conviene recordar que en el orden jurisdiccional civil, la ejecución provisional, como institución por la que se hace efectiva una sentencia definitiva, a pesar de haber sido recurrida, apareció regulada por primera vez en la L.E.C. de 1855, en sede del recurso de casación, fijando como requisitos, que la sentencia de apelación fuera plenamente conforme con la dictada en primera instancia y que se prestara fianza -artículos 1068 a 1071²-. La Ley de 22 de abril de 1878 de casación civil mantuvo la regulación de la ejecución provisional prescindiendo de la exigencia de tal conformidad³. Precepto, que fue recogido en la L.E.C. de 1881 en su artículo 1786 (hoy 1722 y 1723). Sin embargo, fue la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la

(1) En este sentido, el artículo 17-2 L.O.P.J. prescribe que: "Las Administraciones Públicas, las Autoridades y funcionarios, las Corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes".

(2) El artículo 1068 disponía: "Las sentencias contra las cuales se hubiere interpuesto y aun admitido recurso de casación, pueden llevarse a efecto, si el que las hubiere obtenido lo pidiera, y fueren conformes con las de la primera instancia". Y, el artículo 1069, manifestaba: "Para que el Tribunal Superior pueda acceder a la ejecución de la sentencia contra la cual se hubiere interpuesto recurso de casación, se necesita que el que pida la ejecución preste antes fianza bastante, a satisfacción del Tribunal para responder de cuanto recibiere o pudiera recibir, caso de ser anulada la ejecutoria".

(3) En concreto, el artículo 100 prescribía: "Podrá la Audiencia decretar la ejecución de la sentencia a petición de parte que la hubiere obtenido, aunque se haya interpuesto y admitido el recurso de casación, si presta antes fianza bastante de cuanto recibiere o pudiera recibir si se declarase la casación".

Ley de Enjuiciamiento Civil, la que estableció en nuestro ordenamiento procesal una norma general sobre la ejecución provisional al ampliar su ámbito de aplicación a las sentencias dictadas en primera instancia recurridas en apelación (art. 385)⁴. En palabras de su Exposición de Motivos: “La ejecución provisional mediante fianza supone, por una parte, dotar de efectividad a un procedimiento judicial que todavía no es firme, aunque por otra parte -y esto hace que se haya de proceder con cautela-, resulta favorecido quien tiene medios económicos disponibles o solvencia para anticipar los efectos del fallo. Por eso mientras se consideran preceptivamente susceptibles de ejecución las sentencias de condena al pago de cantidades dinerarias líquidas, la ejecución provisional de los fallos de otra naturaleza queda subordinada a que el Juez no estime irreparable el perjuicio -porque todos los intereses no son susceptibles de reparación económica- y se excluyen siempre los fallos sobre derechos, como los de filiación o la capacidad, pues carece de sentido atribuirlos provisionalmente o negarlos de igual modo”.

A pesar de lo relevante de esta reforma, su regulación resultó parca y desacertada, especialmente en materia de procedimiento. Problemas tales como la delimitación del ámbito de las resoluciones susceptibles de ejecución, la legitimación para solicitarla, la determinación de la incorrectamente denominada “fianza”, la fijación de un plazo preclusivo para solicitar la concesión de la ejecución o la ausencia de una regulación sobre los efectos de la revocación de la sentencia que fue provisionalmente ejecutada, siguen todavía hoy, a pesar de los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales, vigentes y sin resolverse con criterios uniformes, indiscutibles y servibles para colmar las deficiencias y lagunas que la norma presenta. Ello ha hecho que en la práctica los órganos jurisdiccionales, tras una primera etapa de cierta euforia, sean reacios a la concesión de dicha ejecución.

(4) Con anterioridad a esta Ley, dichas sentencias únicamente podían ejecutarse en los casos en que se limitaba o excluía *ex lege* el efecto suspensivo del recurso de apelación (por ej. arts. 1615, 1659 L.E.C.) o, cuando también legalmente, se permitía, no obstante el efecto suspensivo, la ejecución (por ej. art. 1476 L.E.C.).

Sin embargo, las circunstancias que justifican su existencia no parece que se pongan en duda. Así se afirma: 1º) La simple realidad de una sentencia definitiva de condena otorga a la posición del acreedor una especial fortaleza que puede ser suficiente para que el órgano jurisdiccional, previo análisis de las circunstancias del caso concreto, acuerde la ejecución provisional, con algunas cautelas; 2º) Un sistema procesal avanzado debe arbitrar medios para evitar que el deudor condenado utilice los recursos con la única finalidad de alargar el proceso y, en consecuencia, retrasar la ejecución; 3º) La ejecución provisional puede servir de fundamento para descargar de trabajo a los órganos jurisdiccionales superiores, ya que puede disuadir a un eventual recurrente la circunstancia de que se ha obtenido una sentencia condenatoria en primera o segunda instancia y que dicha resolución está ya ejecutada o en fase de ejecución.

A la vista de lo expuesto cabe concluir que el loable propósito que guió al legislador de 1984, al introducir en nuestro ordenamiento jurídico procesal, con carácter general, el instituto de la ejecución provisional, necesita para hacerse realidad, de una regulación que afronte todas las deficiencias técnicas y las lagunas existentes en el vigente artículo 385 y concordantes. A tal fin, entiendo, va dirigido la nueva regulación que sobre esta institución aparece prevista en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.

II. CARACTERISTICAS GENERALES

Las características principales que representa la nueva regulación de la ejecución provisional son las siguientes:

1) *Se establece un régimen completo y unitario de la institución.* La ejecución provisional que, desde el punto de vista sistemático, aparece correctamente ubicada en el Libro III relativo a la ejecución forzosa y medidas cautelares, se encuentra regulada en el Título II, bajo la rúbrica "De la ejecución provisional de resoluciones judiciales" (arts. 526 a 539), con lo que el legislador se ha decantado por seguir utilizando la terminología tradicional. Dicho Título consta de tres capítulos: el primero, recoge las disposiciones generales; el segundo, regula la ejecución provisional de sentencias de condena dictadas en primera instancia, y se encuentra, a su vez, dividido en dos secciones: la primera se refiere a la ejecución provisional y a su oposición; la segunda, contiene el régimen de la revocación o confirmación del pronunciamiento provisionalmente ejecutado. El tercer capítulo, finalmente, establece las particularida-

des que presenta la ejecución provisional de sentencias de condena dictadas en segunda instancia.

2) A efectos de la ejecución, *La sentencia de condena provisionalmente ejecutable constituye un título ejecutivo equiparable a la sentencia de condena firme* (art. 526). Es decir, el tratamiento dispensado por el Proyecto de Ley a la sentencia de condena definitiva, a efectos de su ejecución provisional, es semejante al de la sentencia firme de condena, en relación con la ejecución forzosa. Por lo tanto, dictada por el órgano jurisdiccional una sentencia de condena en primera instancia, ésta constituye un título, en virtud del cual, por una parte, quien obtuvo un pronunciamiento a su favor (art. 528) tiene derecho a instar la ejecución y a que ésta se ponga en marcha (art. 529); por otro, el órgano jurisdiccional que dictó la sentencia (art. 526-2) tiene el deber de despachar la ejecución y realizar, con carácter general, los actos propios de ésta. Como señala el párrafo XVI de la Exposición de Motivos “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil representa una decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia, y de manera consecuente, considera provisionalmente ejecutables, con razonables temperamentos y excepciones, las sentencias de condena dictadas en ese grado jurisdiccional”.

3) *Quien solicita la ejecución provisional de una sentencia de condena en primera instancia no tiene que prestar simultáneamente caución* (art. 528-1). Se trata de una de las más importantes novedades que presenta todo el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, al romper con el sistema establecido actualmente en el que la constitución de la incorrectamente denominada “fianza” (con exclusión de la personal) o aval bancario, por parte de quien pide la ejecución provisional, es preceptiva para que se haga efectiva dicha ejecución. Este criterio de política legislativa se basa, según la Exposición de Motivos (párrafo XVI), en que las sentencias de primera instancia “no recaen con menos garantías sustanciales y procedimentales de ajustarse a Derecho que las que constituye el procedimiento administrativo, en cuyo seno se dictan los actos y resoluciones de las Administraciones Públicas, inmediatamente ejecutables, salvo la suspensión cautelar que se pida a la Jurisdicción y por ella se otorgue”. Con este criterio el legislador potencia, no cabe duda, la institución de la ejecución provisional, dando una respuesta a las circunstancias, ya expuestas en el párrafo introductorio, que justifican su existencia.

4) Ahora bien, la configuración de cualquier régimen de ejecución provisional no puede prescindir de que la sentencia acabe siendo revocada. La contemplación de tal posibilidad debe llevar a establecer criterios que atiendan los intereses de la parte provisionalmente vencida. En este sentido, el Proyecto establece un *régimen de oposición a la ejecución provisional* (arts. 530 a 532 y 537-3), de *suspensión* (art. 532-2) y prevé un conjunto de reglas para los distintos casos de *revocación* de las resoluciones provisionalmente ejecutadas (arts. 535, 536 y 539) “que no se limitan a proclamar retóricamente la responsabilidad por daños y perjuicios, remitiendo al proceso ordinario correspondiente, sino que permiten su exacción por la vía de apremio” (Exposición de Motivos -parágrafo XVI-).

III. OBJETO DE LA EJECUCION PROVISIONAL.

Atendiendo a la rúbrica del Título II del Libro III del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, el objeto de la ejecución provisional son las “resoluciones” judiciales, es decir, siguiendo el tenor literal del artículo 206, las providencias, los autos y las sentencias. Sin embargo, basta una lectura al articulado de dicho Título (arts. 526 a 539) para concluir que el legislador predica la ejecución provisional, solamente, de una clase de resolución judicial, la sentencia y, además, de condena. Entonces, ¿Porqué rubrica el Título haciendo referencia a las resoluciones judiciales y no, exclusivamente, a las sentencias?. O, ¿Es que existen en el Proyecto, fuera de este Título, otras resoluciones susceptibles de ejecución provisional?. La cuestión planteada no es nueva. En la regulación vigente, por la remisión que hace el artículo 385 al 384, son ejecutables, además de las sentencias, los autos que pongan término al pleito haciendo imposible su continuación. Ahora bien, como estos autos son normalmente de contenido procesal (absolviendo en la instancia) no dan lugar a su ejecución, salvo en lo relativo a las costas. Únicamente, el auto que aprueba la transacción judicial (art. 1816 Código Civil), es un auto sobre el fondo, que pone fin al proceso, siendo un título ejecutivo provisionalmente ejecutable. Fuera de este supuesto la ejecución provisional sólo parece que pueda predicarse de las sentencias⁵.

(5) En el proceso de ejecución también está prevista la posibilidad de ejecutar provisionalmente el auto que resuelve el incidente de determinación de daños y perjuicios (art. 943).

En el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que a la primera instancia se refiere, en la regulación del juicio ordinario (arts. 401 y ss.) está prevista la posibilidad de que éste finalice mediante el acuerdo alcanzado en la comparecencia y homologado por el Juez (art. 417-2). Tal acuerdo, que constituye un título ejecutivo “surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados”⁶. Dicho acuerdo, aunque el Proyecto no lo indica⁷, parece que deberá revestir la forma de Auto y pone fin al proceso⁸. Tal auto, en su caso, ¿Puede ejecutarse provisionalmente?. Para responder a dicha cuestión conviene tener en cuenta que en la regulación del recurso de apelación, el legislador cuando se refiere a la ejecución provisional, lo hace concretándola en las “sentencias” (arts. 459-3) y en los “autos” (art. 459-2). En consecuencia, a pesar de que en la regulación específica de la ejecución provisional sólo se hace mención a las sentencias, entiendo que, con base en la redacción de estos preceptos, se puede sostener que cabe la ejecución de tales autos.

Fuera de este supuesto, las resoluciones típicas susceptibles de ejecutarse provisionalmente son las sentencias. Ahora bien, como es sabido, atendiendo a la clase de acción ejercitada, las sentencias pueden ser meramente declarativas, constitutivas y de condena, siendo de éstas últimas de las que cabe hablar de ejecución en sentido propio y, por consiguiente, también de ejecución provisional. No obstante, en la regulación vigente la doctrina también se ha planteado la posibilidad de que se pueda ejecutar provisionalmente la denominada ejecución impropia derivada de una sentencia meramente declarativa o constitutiva, o, si se prefiere, se cuestiona en qué sentido se puede hablar de una “ejecución provisional” de las

(6) El artículo 17-1 del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil establece con carácter general que: “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y... transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”.

(7) En otras formas a través de las cuales los litigantes pueden disponer del objeto del proceso, poniendo fin al mismo (art. 17), como son la renuncia (art. 18-1) y el allanamiento (art. 19), el Proyecto prevé que se dictará sentencia y, en el caso de desistimiento, auto de sobreseimiento (art. 18-3).

(8) No hemos encontrado un precepto semejante al artículo 417-2 en la regulación del juicio verbal -el art. 446 regula el desarrollo de la vista-. Sin embargo, teniendo en cuenta el poder de disposición que tienen las partes en el proceso civil (art. 17), podría alcanzarse ese mismo acuerdo.

mismas, puesto que en tales sentencias, la mera declaración del derecho o la transformación operada en el mundo jurídico, satisfacen por sí solas la tutela jurídica solicitada sin que se precise, en ningún caso, la ejecución en sentido estricto. Al respecto, y teniendo en cuenta que la redacción actual del artículo 385-II fue una decisión del Parlamento, al entender que limitar la ejecución provisional a la sentencia de condena era restrictivo, se viene sosteniendo que en estas clases de sentencias no se trata tanto de ejecutar cuanto de excluir el denominado efecto suspensivo del recurso de apelación y de esta forma llevar a cabo los actos de ejecución impropia, es decir, esas actuaciones materiales, normalmente de carácter registral, tendentes a dar publicidad a la declaración (en las sentencias meramente declarativas) o al cambio jurídico producido (en las sentencias constitutivas).

En el Proyecto de Ley, tanto la rúbrica como el articulado de los capítulos II y III del Título II de su Libro III predicen la ejecución provisional exclusivamente de las sentencias de condena, de donde se deduce que las otras clases de sentencias quedan excluidas de su ámbito de aplicación. En este sentido el art. 523-1 expresamente señala que: "No se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas". Y, dentro de la regulación de la ejecución provisional, el artículo 527 precisa: "No serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional: 1º) las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación o divorcio, capacidad y estado civil, y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso, 2º) Las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad; 3º) Las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial".

En la regulación vigente, el artículo 385-III, en términos similares a los del artículo 527-1º, pero sin incluir las sentencias de nulidad y separación matrimonial, también excluye de la ejecución provisional tales sentencias. Tal exclusión resulta lógica. Una determinación provisional del estado y condición de las personas, en sí mismo considerado, carece de sentido. Ahora bien, el verdadero problema existente sobre estas sentencias es el de la discusión, tanto doctrinal como jurisprudencial, acerca de la ejecutabilidad o no de los pronunciamientos contenidos en ellas, en concreto, los relativos a la adopción de medidas inherentes a los procesos matrimoniales

contempladas en el Código Civil (arts. 91 y conc.), esto es, las que se refieren a la guarda y custodia de los hijos del matrimonio, a la atribución, uso y disfrute de la vivienda familiar, pensiones alimenticias del cónyuge e hijos, administración de bienes gananciales...., de las cuales unas presentan acentuados perfiles patrimoniales y otras de orden personal y moral. Eso sí, siempre que tales medidas no se hubiesen adoptado con carácter previo a la interposición de la demanda (arts. 1881 y ss. L.E.C.), ni durante la tramitación del proceso (arts. 103 y ss. C. Civil), pues en tales casos es doctrina mayoritaria la que mantiene que tales medidas desplegarán sus naturales efectos hasta que alcance la firmeza la sentencia definitiva que las haya confirmado o sustituido.

El Proyecto de Ley parece poner fin a esta polémica puesto que, como he indicado, el artículo 527, con carácter general, excluye de la prohibición de la ejecución provisional, los pronunciamientos de aquellas sentencias relativos a las obligaciones y relaciones patrimoniales. Ahora bien, en la previsión normativa de los procesos matrimoniales, en sede de procesos especiales (Libro IV, capítulo IV), el artículo 776, al regular las denominadas medidas definitivas, establece en su apartado 5 que: "Los recursos que, conforme a la Ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta", con lo que en las causas matrimoniales no parece a la postre que se pueda hablar, en sentido estricto, de ejecución provisional.

Para concluir este apartado todavía tengo que hacer mención a una clase de resoluciones judiciales, las sentencias extranjeras. La cuestión es la siguiente: ¿Se puede ejecutar en España una sentencia que ha sido declarada provisionalmente ejecutable en el Estado en que fue dictada?. En nuestro derecho vigente, para que las sentencias extranjeras tengan eficacia ejecutiva es preciso que sean homologadas o reconocidas por un órgano judicial español (art. 22-1 L.O.P.J), lo que se realiza mediante un procedimiento -el exequatur- previsto en los artículos 951 y siguientes de la L.E.C., cuya primera exigencia es la firmeza de la sentencia. Ello ha llevado a que tanto la doctrina como la jurisprudencia tradicional hayan negado el reconocimiento a las sentencias que podían ser objeto de recurso, basándose, por una parte, en que con aquélla se reconocen a la resolución tanto su condición de título ejecutivo, como su capacidad de producir el efecto de cosa juzgada en España. Por otra, que a diferencia de lo que sucede con la sentencia firme -que en otros Estados es objeto de ejecución- la ejecución provisional de resoluciones

recurridas no está prevista en todos ellos y, en los que sí se encuentra, el régimen jurídico previsto suele tener diferencias con el nuestro. Sin embargo, actualmente, un sector de la doctrina entiende que esa exigencia de la firmeza no es óbice para la ejecutoriedad inmediata en España, siempre que exista un Tratado internacional multilateral o bilateral que expresamente lo reconozca. Es decir, quedaría supeditado el requisito de la firmeza a lo que disponga el Tratado internacional⁹. Aceptada esta tesis, y habida cuenta de los diversos sistemas de ejecución provisional existentes en los Estados, lo que parece exigible es que dicha ejecución respete el régimen de ejecución provisional del Estado Español. O, lo que lo mismo, la sentencia extranjera recurrida puede obtener reconocimiento en España, a los sólo efectos de su ejecución, si con ella se respeta el régimen de ejecución previsto en nuestro ordenamiento. De no ser así, se estaría otorgando un tratamiento desigual a las resoluciones nacionales.

En el Anteproyecto de Ley no se hacía referencia expresa a esta cuestión. Sin embargo, el Proyecto, después de establecer el artículo 525 en sede de títulos ejecutivos (Libro III, Título I, Capítulo II), que "1. Para que las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuestos en los Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional. 2. En todo caso, la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos extranjeros se llevará a cabo en España conforme a las disposiciones de la presente Ley, salvo que se dispusiera otra cosa en los tratados internacionales

(9) Así, por ejemplo, el artículo 31 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 establece: "Las resoluciones dictadas en un Estado contratante que allí fueron ejecutorias se ejecutarán en otro Estado contratante, a instancia de cualquier parte interesada, si hubiesen otorgado su ejecución en éste último. No obstante, en el Reino Unido, estas resoluciones se ejecutarán en Inglaterra y el País de Gales, en Escocia o en Irlanda del Norte, previo registro con fines de ejecución, a instancia de la parte interesada en una o en otra de esas partes del Reino Unido, según el Convenio". Y, el artículo 23-1 del Convenio sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, entre España y Checoslovaquia, hecho en España el 4 de mayo de 1987, manifiesta: "Las decisiones de ejecución provisional y las que ordenan medidas provisionales se reconocen y harán ejecutar, aunque sujetas a las formas ordinarias de revisión, en el Estado requerido si decisiones similares se pudieran dictar y hacer ejecutar en ese Estado.

y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional. 2. En todo caso, la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos extranjeros se llevará a cabo en España conforme a las disposiciones de la presente Ley, salvo que se dispusiera otra cosa en los tratados internacionales vigentes en España”, el artículo 527-2 precisa que: “Tampoco procederá la ejecución provisional de las sentencias extranjeras no firmes, salvo que expresamente se disponga lo contrario en los Tratados internacionales vigentes en España”.

IV. SUJETOS DE LA EJECUCION PROVISIONAL

Determinado el objeto de la ejecución provisional debo afrontar, a continuación, el examen de los sujetos que intervienen en la misma.

En primer lugar, hay que referirse al órgano jurisdiccional. En el derecho vigente, con carácter general se establece que el Juez competente para la ejecución de la sentencia es el que conoció del asunto en primera instancia (arts. 919, 714...L.E.C.). Se trata, por consiguiente, de una norma de competencia funcional, en la que la atribución de competencia viene determinada por la existencia de actuaciones anteriores realizadas por ese mismo Juez. Ahora bien, tratándose de la ejecución provisional derivada de los artículos 385 o 1722 L.E.C., hay que tener en cuenta que el órgano al que se refieren los preceptos -el órgano ante el que se interpone el recurso, respectivamente de apelación o casación-, es el que crea el título ejecutivo, no el órgano encargado de llevar a cabo la ejecución, con lo que podrán o no coincidir.

En el nuevo Proyecto de Ley, en sede de competencia funcional, el artículo 58, siguiendo el criterio establecido en la regulación vigente, establece, con carácter general, que el Juez competente para la ejecución de sentencias será el que haya conocido del asunto. Por su parte, en la regulación de la sustanciación del recurso de apelación, el artículo 465 prevé la competencia del órgano jurisdiccional que conoció de la primera instancia, durante la tramitación de éste, indicando que, preparado el recurso, “la jurisdicción del Tribunal que hubiere dictado la resolución recurrida se limitará a las actuaciones relativas a la ejecución provisional de la resolución apelada”. Es decir, tratándose de la ejecución provisional de resoluciones, susceptibles de recurrirse en apelación, el órgano jurisdiccional encargado de llevarla a cabo es el que dictó la resolución apelada.

A la vista de estos preceptos cabría concluir, que sin acudir a su regulación expresa, el Proyecto ya ha previsto qué órgano jurisdiccional debe intervenir en la ejecución provisional derivada de resoluciones dictadas en primera instancia. No obstante, el legislador, tratando de realizar una regulación completa de la institución, objeto de nuestro estudio, se refiere al órgano jurisdiccional en el capítulo I (“Disposiciones Generales”), aplicable tanto a la ejecución provisional de resoluciones dictadas en primera como en segunda instancia. En concreto, es el artículo 526, el que en su párrafo segundo determina: “La ejecución provisional de sentencias de condena, que no sean firmes, se despachará y llevará a cabo, del mismo modo que la ejecución ordinaria, por el Tribunal competente para la primera instancia”.

Junto al órgano jurisdiccional los sujetos que intervienen en la ejecución provisional son el ejecutante y el ejecutado. Respecto a éstos lo más destacable que presenta la nueva regulación es que el legislador trata de resolver los problemas suscitados en la vigente legislación, en relación, por ejemplo, con la estimación parcial de la demanda, o la adhesión a la apelación, al establecer el artículo 385-IV que la ejecución provisional habrá de instarla la parte “apelada”. En efecto, el artículo 528-1, por consiguiente, dentro ya de la regulación de la ejecución provisional de sentencias de condena dictadas en primera instancia, y no en el Capítulo de las “Disposiciones Generales”, que entiendo es el lugar sistemáticamente correcto para regularlo, prevé que está legitimado para pedir dicha ejecución provisional “quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor”. De esta forma el legislador se decanta por recoger la fórmula que ya fue propuesta en la elaboración de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1984 y que, finalmente, no prosperó. Pero, además, el apartado segundo de forma más precisa señala: “La ejecución provisional podrá solicitarse, en todo caso, por la parte apelada, y también por el apelante, respecto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida que le sean favorables, cuando la parte apelada se haya adherido al recurso impugnando dichos pronunciamientos”. Por otra parte, a ejecutante y ejecutado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 526-3 se les aplicará el régimen previsto en la ejecución ordinaria (arts. 540 y ss.), por lo que nos remitimos a lo que en esa sede se regula.

V. LA EJECUCION PROVISIONAL DE SENTENCIAS DE CONDENA DICTADAS EN PRIMERA INSTANCIA

El Proyecto de Ley, como ya he indicado, lleva a cabo una regulación completa sobre la ejecución provisional. Y, así, después de que el Capítulo I establece las “Disposiciones Generales”, el Capítulo II regula la ejecución provisional de las sentencias de condena dictadas en primera instancia. Dentro del mismo, y a los efectos de su análisis, los aspectos principales que presenta su regulación son los siguientes: 1º) La demanda ejecutiva y el despacho de ejecución; 2º) La oposición a la ejecución provisional, y 3º) La decisión sobre la oposición a la ejecución provisional.

1) Quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena (art. 528), podrá solicitar su ejecución, por medio de demanda, en los términos previstos en el artículo 551 (art. 526). Es decir, la ejecución provisional se inicia por el ejecutante del mismo modo que la ejecución ordinaria, presentando la gran novedad, puesta ya de manifiesto al señalar las características del Proyecto, de que el ejecutante no tiene que prestar simultáneamente caución (art. 528-1). Por consiguiente, la demanda, además de la petición del despacho de ejecución expresará el título en que se funde, la sentencia de condena; en su caso, las operaciones de cómputo en dinero de las deudas no dinerarias y la persona a personas contra las que se dirige la demanda en calidad de ejecutados (art. 551), despachándose aquélla del mismo modo que la ordinaria (art. 526-2 en relación con los art.s 552 y ss.).

Una cuestión previa, sin embargo, cabe plantearse al iniciar el análisis de los actos principales que conforman la ejecución provisional, ¿Existe algún plazo y, si lo hay, cuál es, para solicitar la ejecución provisional?. En la regulación vigente, el artículo 385 prevé un plazo preclusivo de seis días, contados a partir de la notificación de la resolución admitiendo el recurso de apelación¹⁰, lo que ha sido justamente criticado, por carecer de justificación ya que supone un obstáculo, por ejemplo, para una ejecución provisional cuya necesidad o conveniencia se evidenciara en un momento posterior.

En el Proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil el artículo 529 trata de la cuestión en los siguientes términos:

(10) Tal plazo no existe en la ejecución provisional de las sentencias recurridas en casación (art. 1723 L.E.C.).

a) La ejecución provisional podrá solicitarse en cualquier momento desde la notificación de la providencia en que se tenga por preparado el recurso de apelación o, en su caso, desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso y siempre antes de que haya recaído sentencia en éste (arts. 460 y 464, sobre el recurso de apelación).

b) Si la solicitud se produce después de haberse remitido los autos al tribunal competente para resolver la apelación, el solicitante deberá obtener de éste y con carácter previo testimonio de lo que sea necesario para la ejecución y acompañar dicho testimonio a la solicitud.

Si la solicitud se hubiese realizado antes de la remisión el propio tribunal de primera instancia acordará que se expida testimonio antes de hacer la remisión.

Solicitada la ejecución mediante la demanda ejecutiva (art. 526), el Tribunal la despachará, salvo que se trate de una de las sentencias a que se refiere el art. 527 o aquella no contuviese un pronunciamiento condenatorio a favor del solicitante (art. 529-3); denegación que es susceptible de recurrirse en apelación (art. 529-4). Despachada la ejecución, viene el trámite de la oposición. En concreto es el artículo 530-1 el que señala: "El ejecutado sólo podrá oponerse a la ejecución provisional una vez que ésta haya sido despachada". Por consiguiente, el trámite del despacho de la ejecución provisional deberá realizarse conforme a lo dispuesto en las reglas generales (arts. 553 y ss.), por lo que nos remitimos a lo que en esa sede se establece.

2) Despachado la ejecución, como he indicado, el Proyecto de Ley prevé el trámite de oposición (arts. 530 y ss.). Se trata de una de las novedades que se introducen en la regulación de la ejecución provisional puesto, como es sabido, en la vigente L.E.C. la oposición de fondo del ejecutado en el proceso ordinario de ejecución de sentencias carece de una regulación específica.

Las características principales que presenta este trámite de oposición son las siguientes:

A) La oposición a la ejecución debe ejercitarse ante el tribunal que conozca de la ejecución mediante un escrito que tenga forma de demanda y presentado en el plazo de los cinco días siguien-

tes -en el anteproyecto eran diez- al despacho de aquélla (arts. 531-1).

B) La oposición a la ejecución provisional sólo puede basarse en alguna de las causas expresamente previstas en la Ley. En concreto, las establecidas en el artículo 530-2:

1ª) En todo caso, que se haya despachado la ejecución provisional con infracción del artículo anterior.

2ª) En el caso de que la sentencia condenatoria fuese no dineraria, por resultar imposible o de extrema dificultad, entendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada.

En cuanto a las sentencias condenatorias dinerarias, el artículo 530-3 establece la regla general de la inoponibilidad. Únicamente cabe aquélla cuando se trate de actuaciones concretas del procedimiento de apremio, siempre que se entienda que causarán una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios. En tal caso, al formular la oposición el ejecutado habrá de indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone y, además, debe ofrecer caución suficiente para responder de la demora en la ejecución, si las medidas alternativas no fuesen aceptadas por el tribunal y el pronunciamiento de condena dineraria resultare posteriormente confirmado. Si el ejecutado no indicare medidas alternativas ni ofreciere caución suficiente no procederá en ningún caso la oposición a la ejecución y así se dispondrá de inmediato, sin recurso alguno (art. 530-3,III).

C) La sustanciación de la oposición a la ejecución provisional aparece prevista en el artículo 531. Según este precepto, una vez que el ejecutado ha presentado su escrito de oposición con los documentos que acompañen “se dará traslado al ejecutante y a quienes se hubieren personado en la ejecución provisional, para que manifiesten y acrediten, en el plazo de cinco días lo que consideren conveniente”.

En el caso de sentencias de condena no dinerarias, si hubiese existido oposición con base en la causa segunda del artículo 530, el

ejecutante, podrá ofrecer caución suficiente para garantizar, caso de ser revocada la sentencia, la restauración de la situación anterior o el resarcimiento de daños y perjuicios (art. 531-3).

3) Una vez presentado el escrito por el ejecutante, sin que ahora se regule ninguna comparecencia, como establecía el Borrador, el art. 532 establece cuál puede ser el contenido de la decisión sobre la oposición:

a) Si se estima la oposición basada en la infracción del artículo 529 (sentencia no ejecutiva, pronunciamiento no favorable...) se dictará un auto en el que se declarará no haber lugar a que prosiga dicha ejecución provisional, alzándose los embargos y trabas y las medidas de garantía que pudieran haberse adoptado.

b) Si se tratase de una condena no dineraria y el tribunal estimara que, de revocarse posteriormente la condena, sería imposible o extremadamente difícil restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o garantizar el resarcimiento mediante la caución que el solicitante se mostrase dispuesto a prestar, dictará auto dejando en suspenso la ejecución, pero subsistirán los embargos y las medidas de garantía adoptadas y se adoptarán las que procedan, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 703.

c) Si la condena fuese dineraria y la oposición se hubiese formulado respecto a actividades ejecutivas concretas, habrá lugar a estimar la oposición -que se concretará en la denegación exclusivamente de esa medida (art. 5323,II)- si el tribunal entiende posibles y eficaces las medidas alternativas indicadas por el ejecutado o si aprecia que la caución es suficiente ante la absoluta imposibilidad de restaurar la situación anterior a la ejecución o compensar económicamente al ejecutado mediante el ulterior resarcimiento de daños y perjuicios, caso de ser revocada la condena.

Contra el auto que decida sobre la oposición no cabrá recurso alguno.

La Sección primera de este Capítulo segundo relativo a la ejecución provisional de sentencias de condena dictadas en primera instancia termina con un precepto, el artículo 533, relativo al sobreseimiento de la ejecución en el caso de condenas dinerarias

VI. LA CONFIRMACION O REVOCACION DE LA EJECUCION PROVISIONAL

Uno de los problemas que plantea la vigente regulación de la ejecución provisional y que resulta ser un obstáculo para la efectividad de la institución es la ausencia de normas que prevean los efectos de la revocación de la sentencia que fue declarada provisionalmente ejecutable y cuya ejecución ya se realizó. A solucionar tal problema dedica el Proyecto la Sección segunda del Capítulo segundo, que estamos analizando, bajo la rúbrica "De la revocación o confirmación de la sentencia provisionalmente ejecutada". En ella se pueden distinguir los siguientes supuestos:

1) Si la sentencia dictada confirma los pronunciamientos provisionalmente ejecutados, la ejecución continuará si aún no hubiese terminado, salvo desistimiento expreso del ejecutante (art. 534-1). Y, si la sentencia no fuese susceptible de recurso o no se recurriera, salvo desistimiento, la ejecución seguirá adelante como definitiva (art. 534-2).

2) En el caso de que la sentencia dictada en segunda instancia revoque el pronunciamiento de la de primera instancia el Proyecto distingue según se trate de condenas dinerarias (art. 535) o no dinerarias (art. 536). A su vez, dentro de las condenas dinerarias, se especifica según que la revocación sea total (art. 535-1) o parcial (art. 535-2). Por su parte, en el caso de las condenas no dinerarias se distingue según que la condena consista en la entrega de un bien (art. 536-1,I), resulte imposible de hecho o de derecho (art. 536-1,II) o se trate de una condena de hacer (art. 536-2).

a) En el caso de que la sentencia condenatoria fuese dineraria y se hubiese revocado totalmente, se sobreseerá la ejecución provisional, devolviendo el ejecutante la cantidad que en su caso hubiese percibido, además de reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional y resarcirle de los daños y perjuicios ocasionados (art. 535-1).

Si la revocación fuese parcial, sólo se devolverá la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, anualmente, desde el momento de la percepción, el tipo del interés legal del dinero (art. 535-2).

En el caso de que la sentencia revocatoria no fuera firme, la percepción de aquellas cantidades podrá pretenderse por vía de apremio ante el tribunal que conoció de la ejecución provisional, liquidándose los daños y perjuicios conforme a lo dispuesto en los artículo 714 y ss (art. 535-3,I).

“El obligado a devolver, reintegrar e indemnizar podrá oponerse a diligencias o actuaciones concretas de apremio, en los términos del apartado tercero del artículo 530” (art. 535-3,II).

b) En el caso de que la revocación de la resolución provisionalmente ejecutada sea una condena no dineraria el Proyecto. como he dicho, contempla distintas posibilidades:

a) Si se trata de la condena a la entrega de un bien determinado, éste se restituirá al ejecutado (art. 536-1,I).

b) Si la restitución fuese imposible de hecho o de derecho, el ejecutado podrá solicitar que se le indemnizen los daños y perjuicios conforme a lo establecido en los artículos 714 y siguientes (art. 535-1,II).

c) Si se trata de una condena de hacer, y ésta se hubiese realizado, el artículo 536-2 precisa: “...se podrá pedir que se deshaga lo hecho y se indemnizen los daños y perjuicios causados”.

d) “Para la restitución de la cosa, la destrucción de lo mal hecho o la exacción de daños y perjuicios, previstos en los apartados anteriores, procederá, en caso de que la sentencia revocatoria no sea firme, la vía de ejecución ante el tribunal competente para la provisional” (art. 536-3).

e) “En los casos previstos en los apartados anteriores, el obligado a restituir, deshacer o indemnizar podrá oponerse, dentro de la vía de ejecución, con arreglo a lo previsto en el artículo 530 de esta Ley” (art. 536-4).

VII. PARTICULARIDADES DE LA EJECUCION PROVISIONAL DE SENTENCIAS DE CONDENA DICTADAS EN SEGUNDA INSTANCIA

La regulación del Título segundo del Libro tercero prevista en el Proyecto termina con un Capítulo tercero relativo a la ejecución provisional de sentencias de condena dictadas en segunda instancia. Es decir, de la ejecución de sentencias de las que pende la resolución de un recurso extraordinario por infracción procesal (arts. 471 y ss.) o de casación (arts. 480 y ss.). En realidad, más que de una regulación completa del procedimiento de ejecución provisional de

sentencias de condena en segunda instancia, el Capítulo (arts. 537 a 539) se limita a remitir la tramitación de la ejecución al capítulo segundo, precisando que la solicitud de la ejecución se presentará ante el tribunal que conoció del proceso en primera instancia (art. 537-2).

SEGUNDA PARTE: LAS MEDIDAS CAUTELARES.

I. INTRODUCCION

Toda la teoría general de las medidas cautelares parte de un hecho indiscutible de la realidad jurídica, la existencia de un proceso. Y, más en concreto, de una consecuencia; la duración temporal que todo proceso tiene y que obliga a tratar de conseguir el mantenimiento de una situación jurídica durante su pendency, previniendo así las repercusiones perjudiciales que la duración del mismo puede provocar. Es, pues, esta finalidad o efecto asegurativo, una primera característica tradicional de las medidas cautelares. Ahora bien, como ha puesto de manifiesto la doctrina, en una época como la actual donde la necesidad de ganar tiempo al tiempo, de ir más de prisa se convierte en norma de conducta, las medidas cautelares aparecen, en tanto el legislador no cree mecanismos adecuados para la solución rápida de los conflictos, como el instrumento útil para combatir los efectos perjudiciales de la duración del proceso. Pero estas medidas, en tal coyuntura ya no deben tener como función únicamente el simple aseguramiento, es decir, la conservación de los bienes, sino que deben dar un paso más si quieren cumplir con la finalidad prevista y es que la resolución judicial aunque tardía sea efectiva¹¹.

Junto a esta finalidad asegurativa, la segunda característica que configura las medidas cautelares es su carácter instrumental, es decir, el estar vinculadas a un proceso principal, al que sirven, garantizando la efectividad de su resultado¹². Ello lleva implícito

(11) Cfr. CALDERON CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid 1992, pág. 32. En el mismo sentido, BARONA VILAR, *Medidas Cautelares en los procesos sobre propiedad industrial*, Granada 1995, pág. 10; PEREZ DAUDI, *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Barcelona 1996, págs. 95 y ss.. Véase, así mismo, STC. 218/1994, de 18 de julio (BOE. 4 de agosto de 1994), con la jurisprudencia que cita.

(12) Por todos, CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. Couture, Buenos Aires 1945. Véase, asimismo, ORTELLS RAMOS, en ORTELLS RAMOS y CALDERON CUADRADO, *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada 1996, págs. 8 y ss..

una serie de consecuencias que permiten afirmar la existencia de esa relación de dependencia con el proceso principal y que, en síntesis, son las siguientes¹³:

1) Si la medida está preordenada a un proceso principal, con carácter general, deberá acordarse cuando un proceso esté ya iniciado¹⁴.

2) La instrumentalidad exige, así mismo, que finalizado el proceso principal, la medida cautelar se extinga¹⁵.

3) En relación con la consecuencia anterior, la medida cautelar tiene una duración limitada¹⁶.

4) Esa relación instrumental, por último, exige que exista una correlación entre la medida cautelar que se va a adoptar y el posible contenido de la sentencia. Es decir, los efectos que se deriven de la cautela deben ser adecuados para cumplir esa función de asegurar la efectividad de la resolución.

Una tercera característica que se ha venido predicando en la doctrina española de las medidas cautelares es que deben ser homogéneas pero no idénticas a las medidas ejecutivas que en su día puedan acordarse para la efectividad de la sentencia. En efecto, el Profesor Carreras Llansana, en un trabajo señero sobre las medidas

(13) Véase CALDERON CUADRADO, ab. cit., págs. 33 y ss.

(14) Existen excepciones a esta característica previstas por el legislador, según las cuales antes de interponerse la demanda puede solicitarse la adopción de medidas cautelares: embargo preventivo (arts. 1397 y ss. L.E.C.); art. 1428 L.E.C.; art. 134-2 L. Patentes; etc.

(15) Señala CALDERON CUADRADO (*Las medidas...*, ab. cit., pág. 35, nota 57) que si la sentencia que pone fin al proceso principal es condenatoria, pueden existir ocasiones en que los efectos de la cautela continúen, bien para aprovechar la ejecución, convirtiéndose en ejecutivos, bien para garantizar que ésta se realice.

(16) Para SERRA DOMÍNGUEZ esta nota de la temporalidad tiene sustantividad propia (Cfr. *Las medidas cautelares en el proceso civil*, con RAMOS MENDEZ, Barcelona 1974, pág. 17).

cautelares¹⁷ señalaba que las dos características fundamentales que permiten a una medida calificarla de cautelar son: en primer lugar, que tenga un fin o efecto asegurativo; en segundo lugar, que esté preordenada a un proceso pendiente, en concreto a la ejecución que, en su caso, partirá del título que se obtenga en el proceso declarativo correspondiente.

Esta preordenación a la ejecución le llevaba a afirmar que “por ser cautelares, no podrán coincidir las medidas con las propiamente ejecutivas, ya que si así fuera se obtendría una ejecución sin título, pero por su misma naturaleza, deberán ir enderezadas a hacer posible la ejecución, o sea, que no deberá existir discrepancia entre la naturaleza de las medidas cautelares y la de las ejecutivas. No debe existir, pues, entre unas y otras medidas ni identidad ni heterogeneidad”¹⁸. Frente a esta postura se ha venido señalando, con más intensidad en los últimos años, que en nuestro ordenamiento procesal se recogen una serie de medidas tendentes a proteger la misma situación jurídica a la que afectará la sentencia, por lo que no se limitan a asegurar la ejecución sino que anticipan provisionalmente los efectos de la sentencia¹⁹, siendo buen ejemplo de ello las relativas a la cesación de actos que violen el derecho del titular (de patente, marca...). En efecto, esta medida hace efectiva de modo inmediato la obligación de abstenerse que constituye, precisamente, el objeto del proceso principal²⁰.

(17) Véase CARRERAS LLANSANA, *Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Estudios de Derecho Procesal*, con FENECH, Barcelona 1962, págs. 567 y ss.. No obstante, han existido opiniones que se inclinan por otorgar una interpretación más amplia a tales medidas (FAIREN GUILLEN, *La Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 1985, pág. 306; PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, Pamplona 1985, págs. 847 y ss.; GUASP, *Derecho Procesal Civil*, II, Madrid 1968, pág. 706; GALLEGO MORELL, *El artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Revista de Derecho Procesal* 1953, págs. 227 a 233; CORTES DOMINGUEZ, *Derecho Procesal Civil*, I, 2, con otros, Valencia 1992, págs. 515 y ss.; RAMOS MENDEZ, en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coord. por CORTES DOMINGUEZ), Madrid 1985, pág. 689.

(18) CARRERAS LLANSANA, ob cit., pág. 573 y 575 y ss.. Así mismo, FERNANDEZ LOPEZ, en *Derecho Procesal Civil*, V. III, Madrid 1995, págs. 406 y ss..

(19) Cfr. ORTELLS RAMOS, *Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Justicia* 1989, I, págs. 62 y ss.. En concreto, en las páginas 62 y 63 enumera, a título de ejemplo, algunas de estas medidas: medidas provisionales en procesos matrimoniales, relativas a la custodia de los hijos; uso de la vivienda familiar; contribución a las cargas del matrimonio; fijación de alimentos provisionales a cargo del demandado en procesos de reclamación de filiación; medidas dirigidas al cese de intromisiones ilegítimas en los derechos a la intimidad, honor y propia imagen; así mismo, RAMOS MENDEZ, ab. cit., pág. 689.

(20) Sobre la naturaleza y características de estas medidas puede verse 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, especialmente, págs. 83 y ss..

Esta especialidad, sin embargo, no puede impedir calificar a tales medidas de cautelares. En realidad, lo que convendría hacer es aceptar la idea de que las medidas cautelares van dirigidas no sólo a asegurar la ejecución, en sentido estricto, sino a asegurar la efectividad de la sentencia, lo que supone proteger la sentencia frente a los peligros que impiden que la ejecución se desarrolle en condiciones de plena utilidad para quien finalmente resulte ser titular del derecho, llegando, incluso, a requerir que se anticipen con carácter provisional los efectos de la sentencia²¹. De esta forma la medida cautelar no simplemente puede ser parecida sino incluso idéntica en todo o en parte a la ejecutiva, con tal de que concurren los presupuestos y características generalmente establecidas para ellos²².

Esta nueva perspectiva en la concepción de las medidas cautelares puede ser útil a efectos de que el Estado cumpla con su obligación de proporcionar al litigante victorioso, que ha acudido al proceso para resolver su conflicto, el mismo resultado que le hubiera proporcionado el cumplimiento del deudor, puesto que si le ofrece, únicamente, para el caso de incumplimiento un sustituto económico está contribuyendo a la no efectividad, parcial, pero no efectividad a la postre, de la sentencia²³.

A las características generales de las medidas cautelares ya apuntadas debemos añadir, en cuarto lugar, su naturaleza jurisdiccional, es decir, únicamente los órganos jurisdiccionales pueden acordar tales medidas.

Por último, según la concepción tradicional de las medidas cautelares, éstas se adoptan sin prestar audiencia al deudor (*inaudita parte debitoris*), aunque el legislador, cada vez con más frecuencia, exige, antes de resolver sobre la adopción o no de la medida, oír al demandado.

(21) Cfr. ORTELLS RAMOS, *Sobre las medidas...*, ab. cit., págs. 63 a 65; *La tutela judicial cautelar...*, ob. cit., pág. 19. En el mismo sentido, BARONA VILAR, *Medidas Cautelares...*, ab. cit., págs. 17 y ss..

(22) Cfr. CALDERON CUADRADO, ab. cit., pág. 61.

(23) Véase sobre este punto el epígrafe "Asegurar la efectividad frente a asegurar la ejecución" de CALDERON CUADRADO, ab. cit., págs. 62 y ss.

Junto al enunciado de estas características generales, conviene también recordar que para la adopción de una medida cautelar no es suficiente la mera petición del solicitante sino que es necesario la concurrencia de unos presupuestos unánimemente aceptados por la doctrina: 1º) La presencia de un *fumus boni iuris*; 2º) El *periculum in mora*. A ellos se suele añadir, además, la fianza.

1) Para que pueda adoptarse una medida cautelar no es suficiente que quien la solicite acredite la mera posibilidad de la existencia de un derecho, aunque tampoco es necesario la certeza. En definitiva, la medida cautelar podrá adoptarse cuando el órgano jurisdiccional aprecie que el derecho en el cual funda la pretensión del proceso principal es verosímil. Para ello suele exigirse la presentación de un título (principio de prueba por escrito -art. 1428 L.E.C.-) que contenga una justificación inicial (*semiplena probatio*) del derecho.

2) El llamado *periculum in mora* a la vez que presupuesto es el fundamento indiscutible de toda medida cautelar. Este *periculum* -según CALAMANDREI- “no es el genérico peligro de daño jurídico, el cual se puede en ciertos casos obviar con la tutela ordinaria, sino el peligro específico de aquél ulterior daño marginal que puede derivarse del retraso, consecuencia inevitable de la lentitud del proceso ordinario”²⁴.

Como se puede observar, los dos pilares sobre los que se asienta este concepto de peligro son el retraso y el daño marginal derivado de la demora.

Por lo que respecta al primero, la demora, viene referida a la duración que todo proceso tiene y que puede verse incrementada por injustificables e inútiles dilaciones. Tal duración puede resultar peligrosa para la efectividad de la futura resolución. Con la adopción de las medidas cautelares se tiende a paliar tal peligro.

En cuanto al segundo, el daño marginal, se encuentra íntimamente relacionado con el anterior, puesto que en realidad es su consecuencia: el daño causado por la duración del proceso y que afecta a la sentencia impidiendo en mayor o menor medida su efectividad.

(24) CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. Couture, Buenos Aires 1945, pág. 18.

3) A los anteriores presupuestos suele añadirse la fianza que debe prestar el solicitante de las medidas y que debe ser suficiente para responder de los daños y perjuicios que se puedan ocasionar al demandado, si se demuestra con posterioridad que la medida adoptada carecía de fundamento. En unas ocasiones, viene impuesta por la ley, mientras que en otras, depende de lo que el órgano jurisdiccional decida en función de la solvencia del actor.

II. CARACTERISTICAS

Acudiendo ya al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, y teniendo en cuenta que de lo que se trata, pienso, es de valorar si la regulación proyectada responde a las exigencias de la realidad social y económica en que vivimos, las características principales que presenta en relación con las medidas cautelares son las siguientes:

1) Se establece una *regulación unitaria* de las mismas.

En efecto, tal como se afirma en la Exposición de Motivos (apartado XVIII): "...esta Ley las regula en un conjunto unitario de preceptos, del que sólo se excluyen, ..., los relativos a las medidas específicas de algunos procesos civiles especiales. Se supera así una lamentable situación, caracterizada por escasas e insuficientes normas, dispersas en la Ley de 1881 y en otros muchos cuerpos legales".

En este sentido, las medidas cautelares aparecen ubicadas sistemáticamente dentro del Libro III (ejecución forzosa y medidas cautelares), en su Título VI, bajo la rúbrica, precisamente, "De las medidas cautelares", con los siguientes capítulos: I. Disposiciones generales; II. Del procedimiento para la adopción de medidas cautelares; III. De la oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia del demandado; IV. Modificación y alzamiento de las medidas cautelares y V. De la caución sustitutoria de las medidas cautelares.

Esta unidad, continúa afirmando la Exposición de Motivos, "no es, empero, el resultado de agrupar la regulación de las medidas cautelares que pudieran considerarse "clásicas", estableciendo sus presupuestos y su procedimiento. Esta Ley ha optado por sentar con claridad las características generales de las medidas que pueden ser precisas para evitar que se frustre la efectividad de una futura

sentencia de condena, perfilando unos presupuestos y requisitos igualmente generales, de modo que resulte un régimen abierto de medidas cautelares y no un sistema de número limitado o cerrado. Pero la generalidad y la amplitud no son vaguedad, inconcreción o imprudencia. La Ley se apoya en doctrina y jurisprudencia sólidas y de general aceptación”.

2) Se establece expresamente como finalidad de las medidas cautelares el *asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria* (art. 723-1), con lo que quedan comprendidas cualquier clase de sentencia, y no sólo las de condena, interpretación que podía sostenerse con la redacción del precepto (art. 720-1) dada por el Anteproyecto de Ley.

3) La regulación de las medidas cautelares está informada por la vigencia del *principio dispositivo*: En este sentido, el art. 723-2 establece que: “Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal”.

III. PRESUPUESTOS

Por lo que se refiere a los presupuestos, el Proyecto de Ley presenta, a mi parecer, como principales novedades las siguientes:

1) Se ha producido un avance importante en la descripción legal del “*fumas boni iuris*” (*apariencia de buen derecho*), cuya redacción ha sido todavía mejorada en el Proyecto: “El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciarlo favorable al fundamento de la pretensión” (art. 730-2). Además, la situación jurídica cautelable no sólo se puede justificar documentalmente sino a través de cualquier otro medios (art. 730-2).

2) En cuanto al “*periculum in mora*” (*peligro por la mora procesal*) el artículo 730-1,I del Proyecto señala que las medidas cautelares solicitadas sólo podrán acordarse si quien las solicita”... justifica, además, que en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse de (sic) las medidas, situaciones que impedirían o dificultarían la ejecución o efectividad de la eventual sentencia estimatoria”, precisando además, ahora, el Proyecto que no podrán acordarse medidas cautelares

“cuanto con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces” (art. 730- 1,II).

3) El presupuesto de la caución, por último, aparece configurado por las siguientes notas:

a) Quien solicita la medida debe prestarla de forma suficiente para responder, de manera rápida y efectiva -inciso introducido por el Proyecto-, de los daños y perjuicios que su adopción pudiera causar al patrimonio del demandado (art. 730-1).

b) El tribunal será el encargado de determinar la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice del fundamento de la solicitud (art. 730-3, I).

c) La caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate (art. 730-3,II, en relación con el art. 531-3,II).

d) La prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada (art. 739).

e) Se prevé también una caución sustitutoria prestada por quien debe soportar la medida acordada (arts. 749 y 750).

IV. CLASES

El Proyecto de Ley, al afrontar la regulación de las medidas cautelares concretas ha optado por un doble sistema:

Por una parte, el artículo 728, establece lo que podemos denominar medidas cautelares legalmente no especificadas o indeterminadas. Por otra, el artículo 729, que establece una enumeración de medidas específicas. A ellas hay que añadir la referencia a las medidas cautelares que pueden acordarse en el transcurso de un procedimiento arbitral o en litigios extranjeros (art. 724).

Por lo que se refiere a las primeras, se trata de que el órgano jurisdiccional pueda acordar la medida más idónea en cada caso para evitar que se frustre la efectividad de una futura sentencia, eso sí, siempre que reúna las características previstas en aquél precepto (art. 728), a saber:

1) Que esté exclusivamente dirigida a hacer posible la ejecución o la efectividad de una eventual sentencia estimatoria de modo que no puedan verse impedidas o dificultadas por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.

2) Que no pueda ser sustituida por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

El Proyecto de Ley ha suprimido, a mi juicio acertadamente, una tercera característica, según la cual, la medida cautelar no podía consistir en lo mismo o más que lo que obtuviese el ejecutante en la ejecución en sus propios términos, con lo que algunas medidas cautelares quedaban fuera de la regulación (piénsese en las medidas cautelares de cesación en relación con las leyes de patentes, marcas, propiedad intelectual, competencia desleal...). En su lugar, ha introducido un segundo apartado a este artículo 728 en el que, después de recordar que se trata de medidas cautelares, prevé el que se puedan acordar aquéllas con un contenido similar a la pretensión principal: “Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte”.

Junto a las medidas cautelares indeterminadas, el artículo 729, establece unas medidas cautelares específicas (embargo preventivo, intervención o administración judicial de bienes productivos, depósito de cosa mueble, formación de inventario de bienes, anotación preventiva de demanda, orden judicial de cesación provisional...), terminando con una regla 11ª, que constituye una remisión a medidas cautelares reguladas en leyes especiales.

La remisión de esta regla 11ª plantea, desde el punto de vista teórico, la cuestión de si se les aplica a esas medidas situadas fuera de la LEC el Título VI de ésta o hasta que punto sí y hasta que punto no. Si atendemos al inciso inicial del artículo 730-1 (“Salvo que expresamente se disponga otra cosa...”) cabría la siguiente interpretación: salvo que una norma especial y expresa excluyese o configurase los presupuestos generales de forma distinta, estos habrán de concurrir para la adopción de cualquier medida. Junto a estos, habrán de añadirse los presupuestos especiales que estén establecidos para la medida especial, salvo que hubiesen sido modificados

por la LEC. En cualquier caso, la disposición derogatoria del Proyecto de Ley prevé dejar sin efecto la regulación de las medidas cautelares de las siguientes leyes especiales: Ley de Patentes y, por remisión, la Ley de Marcas; Ley de Propiedad Intelectual; Ley General de Publicidad y Ley de Competencia Desleal.

V. PROCEDIMIENTO

Al procedimiento para la adopción de las medidas cautelares dedica el Proyecto el capítulo segundo (arts. 732 a 741) de su título regulador, si bien antes de exponer los aspectos más descabidos del mismo, debo referirme al órgano jurisdiccional encargado de su tramitación.

Frente a la opción de que el órgano judicial competente para conocer y resolver acerca de las medidas cautelares fuese distinto del competente para el proceso principal, el Proyecto se ha decantado porque sea el mismo ya que, según se afirma en la Exposición de Motivos, sin desconocer el riesgo de que la decisión sobre las medidas cautelares genere algunos prejuicios a favor o en contra de la posición de una parte, “los Jueces y Magistrados están en condiciones de superar impresiones provisionales para ir atendiendo imparcialmente a las sucesivas pretensiones de las partes y para atenerse, en definitiva, a los hechos probados y al Derecho que haya de aplicarse”.

En el Anteproyecto de Ley se establecía como competente para la adopción de medidas cautelares el órgano jurisdiccional que conociese de la demanda principal, aunque la medida se hubiese solicitado en segunda instancia o pendiente un recurso extraordinario por infracción procesal o un recurso de casación (art. 722). Sin embargo, el Proyecto de Ley, prevé la competencia del órgano jurisdiccional que esté conociendo del asunto principal, por lo que si las solicitudes relativas a medidas cautelares se formulan durante la sustanciación de la segunda instancia o de un recurso extraordinario, será competente el tribunal que conozca de esa segunda instancia o de dichos recursos (art. 725).

La regulación de la competencia se completa con dos preceptos: el artículo 726, que establece la competencia en el caso de que exista un proceso arbitral o con elementos extranjeros, y, el artículo 727, que determina el examen de oficio de aquélla cuando las medidas se soliciten con anterioridad a la demanda, sin que pueda

interponerse la declinatoria, posibilitándole al tribunal, no obstante su falta de competencia territorial, y cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, ordenar a prevención las medidas cautelares que resulten más urgentes, remitiendo posteriormente los autos al tribunal que resulte competente.

Entrando ya en el análisis del procedimiento, a mi parecer, las cuestiones más destacables de su regulación son las siguientes:

1) Las medidas cautelares podrán solicitarse con anterioridad a la presentación de la demanda, si se alegan razones de urgencia o necesidad (arts. 732-2), con posterioridad a la misma, si la petición se basase en hechos y circunstancias nuevos o que el solicitante ignorase al tiempo de presentar la demanda (arts. 732-3 y 741) o, de ordinario, con la demanda principal (art. 732-1) y podrán mantenerse en tanto en cuanto el proceso principal no termine o se suspenda durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida (art. 733-1), o se hubiese despachado ejecución provisional respecto de lo que fue objeto de la medida cautelar (art. 733-2).

2) La solicitud, que se formulará de forma clara y precisa, deberá reunir los presupuestos legalmente exigidos para su adopción, acompañada de los documentos que la apoyen o previendo el acreditamiento por otros medios²⁵, y con el ofrecimiento de prestar caución, expresando el tipo y -añade ahora el Proyecto de Ley- con justificación del importe que se propone (art. 734).

3) Presentada la solicitud, el órgano jurisdiccional, con carácter general, concederá audiencia al demandado (art. 735-1), convocando a las partes a una vista en la que expondrán lo que a su derecho convenga, incluidas las alegaciones relativas al tipo y cuantía de la caución, e incluso que se practique el reconocimiento judicial (art. 736).

(25) El Proyecto de Ley ha incorporado un segundo párrafo al apartado dos del artículo 734 en relación con las medidas cautelares de cesación o prohibición, según cuyo tenor: "Cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud".

4) Terminada la vista, el Tribunal dictará un auto acordando o denegando la medida solicitada (art. 737-1). Si accede, fijará con toda precisión la medida, siendo susceptible dicho auto del recurso de apelación sin efecto suspensivo (art. 737-2). Una vez prestada la caución, se procederá de oficio a su inmediato cumplimiento, pudiendo emplear incluso los medios previstos para la ejecución de sentencias (art.740-1). Si, por el contrario, el tribunal deniega la petición, el actor podrá interponer exclusivamente el recurso de apelación, pudiendo con posterioridad reproducir su petición (art. 738).

VI. OPOSICION SIN AUDIENCIA DEL DEMANDADO

Presentada la solicitud, he indicado que, con carácter general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado (art. 735-1). La excepción a esa regla, es decir, la posibilidad de adoptar la medida sin la previa audiencia, aparece prevista en el apartado segundo de ese mismo artículo 735 (cuando exitan razones de urgencia o la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar). Ante esa situación, el tribunal puede acordar la adopción de la medida mediante una auto, es decir, motivando la decisión en un plazo de cinco días. Auto que es irrecurrible. Ahora bien, la regulación de las medidas cautelares dedica el capítulo III a la llamada "oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia del demandado" -inciso, éste último añadido en el Proyecto de Ley (arts. 742 a 745)- que consiste en un procedimiento cuya finalidad es dar la oportunidad al demandado para que en el plazo de 20 días contados desde la notificación del auto que acuerde las medidas, se oponga mediante una demanda a aquéllas. Presentada la demanda, se dará traslado al solicitante de la medida, celebrándose la vista y dictándose un auto, que mantendrá o alzaré la medida, siendo susceptible de recurrirse en apelación sin efecto suspensivo.

Termina este capítulo su regulación con un precepto, el artículo 745, que establece la exacción de daños y perjuicios para el caso de que la medida cautelar fuese revocada.

VII. MODIFICACION Y ALZAMIENTO

El capítulo IV de la regulación de las medidas cautelares trata de la modificación (en el anteproyecto se denominaba "revisión") y alzamiento de las medidas cautelares. En mi opinión lo más des-

tacable de la misma es lo siguiente:

1) Que las medidas cautelares pueden ser modificadas, siguiendo los trámites de la vista prevista en los artículos 736 y siguientes, alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron ser tenidas en cuenta, al tiempo de su concesión o dentro del plazo para la oposición (art. 746) (en el Borrador precisaba que tales hechos tenían que ser nuevos. Ya el Anteproyecto y ahora el Proyecto, a mi parecer, acertadamente, han suprimido tal referencia).

2) Que tras dictarse en primera instancia una sentencia absolutoria se producirá el alzamiento inmediato de las medidas cautelares acordadas, salvo que el apelante solicite su mantenimiento o la adopción de una distinta y el órgano jurisdiccional lo acuerde, atendidas las circunstancias del caso, previo aumento del importe de la caución, y -añade el proyecto- oída la parte contraria (art. 747-1).

3) Que si la sentencia firme fuese absolutoria, ya en el fondo ya en la instancia, se alzarán de oficio las medidas acordadas y se procederá a las exacción de daños y perjuicios sufridos por el demandado (art. 748).

VIII. LA CAUCION SUSTITUTORIA

Termina la regulación de las medidas cautelares con un capítulo V dedicado a la caución sustitutoria ("enervación" lo denominaba el Anteproyecto), es decir, a dar la posibilidad a aquél frente a quien se ha solicitado (introducido por el Proyecto) o acordado la medida cautelar, para que le sea sustituida por la prestación de una caución, con la que asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que en su caso se dicte (art. 749-1)

En el derecho vigente existe un tratamiento diverso sobre este instituto. En unos casos, es la Ley la que determina los supuestos en los que cabe (art. 137 Ley de patentes). En otros, la Ley encarga al juez dicha determinación (art. 1428 L.E.C.). El Proyecto de Ley parece haber optado por las dos pero sin especificar claramente cuando se sigue uno u otro sistema.

Centrándome en la regulación, la petición la realizará aquél que debe padecer la medida, bien en el trámite de la vista -art. 736-2,II-, bien en el trámite de oposición, cuando la medida se adoptó

sin la previa audiencia -art. 743- acompañando los documentos que considere oportunos, bien en un momento ulterior. El tribunal, a continuación, dará traslado del escrito al solicitante de la medida, y convocará a las partes a una vista, siguiendo los trámites del artículo 736, resolviendo mediante auto, que será irrecurrible, lo que estime procedente (art. 750).

Por lo demás, según se deduce de su regulación, el tribunal, para decidir sobre la petición de modificación, tendrá en cuenta el fundamento de la solicitud de las medidas cautelares, la naturaleza y contenido de la pretensión de condena y la apariencia jurídica favorable que pueda presentar la posición del demandado. Así mismo, deberá considerar si el cumplimiento de la medida cautelar restringe o dificulta la actividad patrimonial o económica del demandado de modo grave y desproporcionado respecto del aseguramiento que para el actor representaría la adopción de la medida cautelar (art. 749).

IX. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

En el Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil, el Capítulo II, del Título que regulaba las medidas cautelares, contenía una referencia a las medidas de naturaleza personal a adoptar en los procesos sobre el estado civil, e incapacitación (art. 750), sin perjuicio de la regulación en sede de procesos especiales. En el Anteproyecto, tal regulación desapareció y es en la de los procesos especiales donde encontrábamos las correspondientes referencias (arts. 762 -proceso de incapacitación; 768 -proceso de filiación- y 771 y conc. -procesos familiares-), criterio que permanece en el Proyecto de Ley (arts 764, 770 y 773 y conc., respectivamente).