



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

“Presupuestos para la adopción de medidas cautelares en el proceso civil. Análisis jurisprudencial”.

Presentado por:

Jaime Viloría Gutiérrez

Tutelado por:

Yolanda Palomo Herrero

Valladolid, 21 de septiembre de 2020

LISTADO DE ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS UTILIZADOS:

AAP: Auto de la Audiencia Provincial.

AJM: Auto del Juzgado de lo Mercantil.

ATS: Auto del Tribunal Supremo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CE: Constitución Española.

FJ: Fundamento Jurídico.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

Op. Cit.: *Opere Citato*.

Pág.(s): Página(s).

RJ: Razonamiento Jurídico.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

Ss.: Siguietes.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

RESUMEN:

El presente trabajo es un estudio de los presupuestos (*fumus boni iuris*, *periculum in mora*, caución) necesarios para la adopción de medidas cautelares en el marco de un proceso civil. Partiendo de la legislación aplicable, se evalúan las distintas exigencias de cada presupuesto, analizando las diversas posturas doctrinales y la aplicación jurisprudencial, indicando los problemas apreciados y las posibles soluciones.

Por último, se realiza el estudio de una serie de situaciones concretas que dada su naturaleza requieren una serie de presupuestos adicionales; situaciones como la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, la aplicación de la doctrina de los actos propios, o la vulneración del secreto empresarial.

PALABRAS CLAVE:

Proceso civil, medidas cautelares, presupuestos, *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, caución, *inaudita parte*, actos propios, escritos preventivos, secreto empresarial.

ABSTRACT:

This work is a study of the budgets (*fumus boni iuris*, *periculum in mora*, surety) necessary for the adoption of precautionary measures in the framework of a civil process. Starting from the applicable legislation, the different requirements of each budget are evaluated, analysing the various doctrinal positions and the jurisprudential application, indicating the problems appreciated and the possible solutions.

Finally, the study of a series of specific situations is carried out which, given their nature, require a series of additional budgets; situations such as the adoption of *inaudita parte* precautionary measures, the application of the doctrine of one's own acts, or the violation of business secrecy.

KEY WORDS:

Civil process, precautionary measures, budgets, *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, surety, *inaudita parte*, own acts, protective letters, business secret.

INTRODUCCIÓN	6
1 EL PROCESO CAUTELAR.....	8
1.1 FUNCIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA.....	8
1.2 LAS MEDIDAS CAUTELARES: CONCEPTO, FINALIDAD Y CARACTERÍSTICAS.....	10
1.2.1 CONCEPTO.....	10
1.2.2 FINALIDAD.....	10
1.2.3 CARACTERÍSTICAS.....	11
1.2.4 OTRAS CARACTERÍSTICAS NO DEFINITORIAS.....	13
2 LAS CARACTERÍSTICAS COMO PRESUPUESTO DE LA MEDIDA CAUTELAR.....	15
3 PRESUPUESTOS GENÉRICOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	17
3.1 PRESUPUESTOS PARA PODER ACORDAR MEDIDAS CAUTELARES. 18	
3.1.1 PELIGRO POR LA MORA PROCESAL.....	20
3.1.1.1 CONCEPTO.....	20
3.1.1.2 LA EXIGENCIA DE CONCRETAR EL RIESGO.....	21
3.1.1.3 TIPOS DE RIESGO, CONFIGURACIÓN IN ABSTRACTO, Y SU CLASIFICACIÓN.....	24
3.1.1.4 LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.....	27
3.1.2 APARIENCIA DE BUEN DERECHO.....	30
3.1.2.1 CONCEPTO.....	30
3.1.2.2 EL JUICIO DE PROBABILIDAD FAVORABLE SEGÚN LA DOCTRINA.....	31
3.1.2.3 CARACTERÍSTICAS DEL JUICIO DE PROBABILIDAD.....	32
3.1.2.4 EL JUICIO PREVIO Y LA NO PREJUDICIALIDAD.....	34
3.1.2.5 ACREDITACIÓN DEL <i>FUMUS BONI IURIS</i>	37

3.2 PRESUPUESTO PARA PODER EJECUTAR LAS MEDIDAS ACORDADAS.....	39
3.2.1 CAUCIÓN.....	39
3.2.1.1 CONCEPTO.....	39
3.2.1.2 OFRECIMIENTO, CUANTIFICACIÓN Y FORMA DE LA CAUCIÓN.....	40
3.2.1.3 OMISIÓN DEL OFRECIMIENTO DE CAUCIÓN.....	42
3.2.1.4 LA CAUCIÓN EN LA JUSTICIA GRATUITA.....	45
3.2.1.5 CASOS DE DISPENSA DE PRESTAR CAUCIÓN	47
4 PRESUPUESTOS ESPECÍFICOS PARA CASOS CONCRETOS	49
4.1 PRESUPUESTO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES CON POSTERIORIDAD A LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA O DURANTE LA PENDENCIA DE UN RECURSO	49
4.2 MEDIDAS CAUTELARES <i>INAUDITA PARTE</i>	50
4.2.1 PRESUPUESTO ADICIONAL: URGENCIA CUALIFICADA O EVITAR LA FRUSTRACIÓN DE LA MEDIDA.....	50
4.2.2 POSIBLE APRECIACIÓN VICIADA DEL FUMUS BONI IURIS.....	52
4.2.3 LOS ESCRITOS PREVENTIVOS (<i>PROTECTIVE LETTERS</i>).....	53
4.3 LOS PRESUPUESTOS REFORZADOS POR LA LEY DE SECRETOS EMPRESARIALES.....	55
CONCLUSIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	58

INTRODUCCIÓN

Cualquier proceso civil requiere el transcurso de un tiempo indispensable para su correcto desarrollo, ya en el art. 24.2 de la Constitución Española¹ se establece el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pero también queda establecido el derecho a un proceso con todas las garantías, algo sin lugar a duda propio de un Estado de Derecho.

Un proceso garantista requiere tiempo para la correcta realización de cada trámite que lo compone; sin embargo, el tiempo es un arma de doble filo tan necesaria como problemática. De qué nos sirve que el Juez dicte una sentencia favorable a nuestras pretensiones si durante el transcurso del proceso la parte demandada ha convertido en imposible la ejecución de la sentencia. El perjuicio sería doble, por un lado, la ineficacia de la futura sentencia, y, por otro lado, la ausencia de reconocimiento de la pretensión legítima durante el transcurso del proceso mismo. Basta con pensar en un proceso que reconozca la existencia de una deuda, y que durante el transcurso de ese proceso el deudor aproveche para ocultar o dilapidar su patrimonio, alcanzando una situación de insolvencia.

Precisamente para evitar situaciones como la descrita y garantizar una tutela judicial efectiva, existen una serie de medidas cautelares, definidas por ARANGÜENA FANEGO como “medidas previstas legalmente para conjurar el peligro marginal derivado del necesario transcurso del tiempo hasta la resolución definitiva”². Su adopción es la solución que evita “hacer ilusoria la efectividad del pronunciamiento jurisdiccional [o arbitral]”³.

El hecho de que el Tribunal adopte o no las medidas cautelares tiene repercusiones en ambas partes procesales. Si se adoptan las medidas cautelares solicitadas el Tribunal estará reconociendo que el demandante tiene, de forma indiciaria y apriorística, probabilidades de llevar razón en lo que reclama, por lo que puede entreverse una situación favorable a su pretensión que facilitará alcanzar un posible acuerdo y dará una información de enorme utilidad, ya que refleja la aparente situación jurídica. Sin embargo, la parte que ha de soportar las medidas cautelares se verá perjudicada en caso de que las medidas cautelares no procedieran por no llevar razón el solicitante.

Realmente la adopción de medidas cautelares requiere una ponderación de unos requisitos generales previos (*periculum in mora*, *fumus boni iuris*, *caución*...) que ha de justificar el

¹ Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. BOE-A-1978-31229. Art. 24.

² CORAL ARANGÜENA FANEGO (2015): “Medidas cautelares”, *Nociones preliminares de Derecho Procesal Civil*. Barcelona. Atelier. Pág.: 242.

³ Ídem.

solicitante frente al perjuicio al que se someterá al demandado. Este perjuicio puede variar según la situación, es evidente que no es lo mismo exigir un aval bancario que quebrantar el secreto empresarial; y precisamente, al existir situaciones específicas existen normativas específicas que imponen unos requisitos reforzados o depreciados de manera acorde a la situación *ad hoc*.

El objeto principal de este trabajo es evaluar las pautas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y otras normas establecen, a modo de presupuestos, para guiar al Tribunal en su decisión. A partir de la base normativa existente y del bagaje doctrinal y jurisprudencial, analizando las situaciones de hecho y de derecho que surgen a la hora de apreciar la concurrencia de estos requisitos, incidiendo en los problemas que han surgido a raíz de la práctica jurídica y las soluciones que se han alcanzado o que se pueden alcanzar.

Partiendo de cuestiones básicas tales cómo diferenciar cuándo estamos ante una medida cautelar, hasta analizar otras cuestiones entre las que podemos destacar: ¿Cuándo cabe apreciar el *periculum in mora*? ¿Qué nivel probatorio requiere el *fumus boni iuris* y cómo se evita la prejudicialidad? ¿Cómo prevenir o corregir una apreciación viciada del *fumus boni iuris*? ¿Cómo se determina la caución y en qué situaciones es exigible? ¿Es subsanable la omisión del ofrecimiento de la caución? ¿Cómo se aplica la doctrina de los actos propios en el proceso de adopción de las medidas cautelares? ¿Qué presupuestos adicionales se requieren para adoptar una medida *inaudita parte*? ¿Cómo debe evolucionar el sistema para prevenir la adopción de medidas *inaudita parte* improcedentes?

El vigente sistema cautelar es coherente, sólido y eficaz, es el resultado de una evolución y unificación de la dispersa regulación previa⁴. Pero no por ello es un sistema perfecto, tiene flaquezas que solucionar y puntos fuertes que afianzar, cuestiones que este trabajo intenta analizar.

⁴ Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil. «Gaceta de Madrid» núm. 36, de 5 de febrero de 1881, páginas 326 a 329 (4 págs.); BOE-A-1881-813.

1 EL PROCESO CAUTELAR.

1.1 FUNCIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA.

Nuestra Carta Magna consagra en su art. 117.3 la exclusividad e integridad del ejercicio de la potestad jurisdiccional, ejercicio “que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”⁵. Para lo cual nos servimos de las acciones procesales declarativa (Libro II LEC) y ejecutiva (Libro III LEC); ahora bien, el tiempo de tramitación de un proceso judicial lleva aparejado un riesgo para la “*tutela real* del derecho que pretende el actor sea declarado en la sentencia”⁶.

Este riesgo se puede concretar en la realización de actos por parte del demandado durante la tramitación del proceso, que imposibiliten la ejecución de lo que disponga la futura sentencia. Y precisamente, por la existencia de este riesgo y en aras de garantizar la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE, el legislador considera en el art. 5 LEC a la “adopción de medidas cautelares”⁷ como una clase de tutela jurisdiccional.

Esta tutela jurisdiccional tiene un tratamiento procesal específico que encontramos en el Libro III, Título VI, arts. 721 a 747 LEC; y esto es lo que comúnmente denominamos proceso cautelar, aunque la doctrina haya mantenido posiciones discrepantes en lo referente a la naturaleza jurídica de este “proceso”.

Siguiendo el análisis detallado que nos ofrece PÉREZ DAUDÍ⁸, históricamente son dos las posiciones que nos ofrece la doctrina:

1. Un sector doctrinal defiende la existencia de un proceso autónomo que engloba la actividad jurisdiccional cautelar, al que consideran un verdadero proceso cautelar. Esta posición doctrinal fue desarrollada por CARNELUTTI, el cual consideró al proceso cautelar como un *tertium genus*⁹, debido al “alcance sustancial de la

⁵ JUAN MONTERO AROCA, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, SILVIA BARONA VILAR, M^a PÍA CALDERÓN CUADRADO (2016): *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil 24ª Edición*. Valencia. Tirant Lo Blanch. Pág.: 702.

⁶ VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, VÍCTOR MORENO CATENA (2017): *Derecho Procesal Civil Parte General 9ª Edición*. Valencia. Tirant Lo Blanch. Pág.: 445.

⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; «BOE» núm. 7, de 08/01/2000; BOE-A-2000-323. Art. 5.

⁸ VICENTE PÉREZ DAUDÍ (2012): *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona. Atelier. Págs.: 23-30.

⁹ *TERTIUM GENUS*: Locución latina que en este contexto se refiere a una tercera posibilidad (proceso cautelar) distinta de las dos ordinarias (proceso de declaración y proceso de ejecución).

providencia cautelar”¹⁰. Múltiples autores españoles, como MONTERO AROCA¹¹ y ORTELLS RAMOS¹², han apoyado la autonomía del proceso cautelar.

2. Otro sector doctrinal (de menor peso en España) considera que la actividad jurisdiccional cautelar no configura un proceso autónomo, tratándose de un incidente del proceso de declaración o de un medio de aseguramiento del proceso de ejecución. Los principales argumentos que utilizan autores como SERRA DOMÍNGUEZ¹³ son la instrumentalidad y el carácter asistemático de las medidas cautelares, características impropias de un proceso autónomo.

En mi opinión, en tanto en cuanto la LEC otorga un tratamiento procesal específico a la aplicación de medidas cautelares, podríamos decir que estamos ante un proceso autónomo a un nivel inferior respecto a los procesos declarativo y de ejecución, pues la instrumentalidad del mismo es innegable; aunque haya situaciones límite en las que *a priori* no se aprecie esa instrumentalidad, existe el caso poco usual de que a raíz de la conformidad de las partes ante una medida cautelarísima, decidan poner fin al proceso antes de que haya comenzado. En este caso, no ha llegado a existir de facto un proceso principal, pero sí que ha existido una dependencia o instrumentalidad frente a ese potencial proceso principal ya que conforme al art. 730.2 LEC las medidas cautelarísimas adoptadas “*quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo Tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción*”.

En cualquier caso, la trascendencia práctica de este debate doctrinal es mínima, ya que a condición de que las medidas cautelares cumplan su función, resulta irrelevante la consideración teórica que le demos. Basta con ver como el legislador evita pronunciarse sobre su naturaleza jurídica en la LEC, sin que por ello se derive el más mínimo perjuicio frente a la eficacia práctica de las medidas objeto de estudio de este trabajo.

¹⁰ FRANCESCO CARNELUTTI (1959 en italiano y 1971 en castellano): *Derecho procesal civil y penal. Traducción de Santiago Sentís Melendo*. Buenos Aires. EJEA. Pág.: 463.

¹¹ JUAN MONTERO AROCA (1988): “*Medidas cautelares*”, en *Trabajos de Derecho Procesal*. Barcelona. Bosch. Págs.: 423 y ss.

¹² MANUEL ORTELLS RAMOS (1991): *Derecho Jurisdiccional, volumen II, Proceso Civil 2º*. Barcelona. Bosch. Pág.: 255.

¹³ MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ, FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ (1974): *Las medidas cautelares en el proceso civil: teoría general de las medidas cautelares: medidas provisionales en relación con las personas, intervención judicial de bienes litigiosos*. Barcelona. Industrias Graficas M Pareja. Págs.: 11 y ss.

1.2 LAS MEDIDAS CAUTELARES: CONCEPTO, FINALIDAD Y CARACTERÍSTICAS.

1.2.1 CONCEPTO

Conforme a la Real Academia Española, una medida cautelar es aquella “medida adoptada judicialmente, antes o durante un proceso, con la finalidad de evitar los riesgos de la duración temporal del juicio en aras de preservar la efectividad de la sentencia que haya de recaer”¹⁴.

Dicho en otros términos, una medida cautelar es “un mecanismo procesal que tiende a asegurar la efectividad de la tutela del derecho ejercitado o que en breve plazo va a serlo, a través del cual se trata de evitar que, con ciertos actos u omisiones del demandado durante la inevitable pendencia del litigio, resulte frustrada en el futuro la ejecución de la resolución que le ponga fin” (AAP M 1263/2020. RJ. 3º)¹⁵.

1.2.2 FINALIDAD

Actualmente, existe una considerable jurisprudencia¹⁶ desarrollada por el TC que protege el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas fundamentado en el art. 24.2 CE. Pero incluso en un proceso sin dilaciones indebidas, existe el riesgo de que durante el transcurso del proceso se frustre la ejecutividad de la potencial futura sentencia.

Y si la sentencia fuese ineficaz, claramente estaríamos ante una “tutela judicial no efectiva”; esta idea queda perfectamente reflejada en la STC 14/1992, de 10 de febrero¹⁷ en la que, en referencia al art. 24.1 CE manifiesta que “...la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso.”

En la misma línea se pronuncian la STC 238/1992¹⁸ y la STC 218/1994¹⁹ afirmando que “todas las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad

¹⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2020): “*Diccionario del español jurídico (DEJ)*”.

¹⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 6 de marzo de 2020. Sección nº13. Ponente Luis Puente de Pinedo. Razonamiento Jurídico 3º. Roj: AAP M 1263/2020 - ECLI: ES:APM:2020:1263A.

¹⁶ STC 129/2016, STC 63/2016, STC 142/2010.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero. En pleno. Ponente Jesús Leguina Villa. Fundamento Jurídico 7º. BOE núm. 54, de 03 de marzo de 1992; ECLI:ES:TC:1992:14.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 238/1992, de 17 de diciembre. En pleno. Ponente Carles Viver Pi-Sunyer. Fundamento Jurídico 3º. BOE núm. 17, de 20 de enero de 1993; ECLI:ES:TC:1992:238.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 218/1994, de 18 de julio. Ponente Carles Viver Pi-Sunyer. Fundamento Jurídico 3º. BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1994; ECLI:ES:TC:1994:218.

del pronunciamiento futuro del órgano judicial, esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el artículo 24.1 CE) desprovisto de eficacia”.

Actualmente, el Tribunal Supremo en el ATS 2099/2019²⁰ y en el ATS 4107/2019²¹ entiende que “la finalidad de las medidas cautelares es asegurar un resultado futuro del proceso a fin de evitar el riesgo de ineffectividad de la sentencia firme que en su día se dicte”.

En definitiva, la finalidad de las medidas cautelares es asegurar la ejecutividad de la sentencia que ponga fin al proceso principal.

1.2.3 CARACTERÍSTICAS

La vigente LEC ya advierte en su Exposición de motivos²² que “...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...”, esta claridad se remarca contrastando la “lamentable situación” de escasez y dispersión normativa de la Ley de 1881²³ y otras tantas normas que aludían a las medidas cautelares.

En palabras de la sala 1ª del TS “La medida cautelar tiene condición accesoria del proceso principal cuyo resultado satisfactorio pretende asegurar con su adopción. Por ello, debe responder a un criterio de proporcionalidad con la finalidad que persigue. Carece de autonomía e independencia y está condicionada por el objeto del litigio a que se refiere”. En definitiva, las características de las medidas cautelares están desarrolladas legalmente en el art. 726 LEC (titulado “Características de las medidas cautelares”), y son las siguientes:

- a) Instrumentalidad²⁴ respecto a los procesos de declaración y ejecución, algo que es lógico, dada su finalidad de aseguramiento de la ejecutividad de la futura sentencia que ponga fin al proceso principal. En relación con su

²⁰ Auto del Tribunal Supremo, de 06 de marzo de 2019. Sección nº1. Mª de los Ángeles Parra Lucán. Fundamento de Derecho 1º. Roj: ATS 2099/2019 - ECLI: ES:TS:2019:2099A.

²¹ Auto del Tribunal Supremo, de 23 de abril de 2019. Sección nº1. Francisco Javier Orduña Moreno. Fundamento de Derecho 2º. Roj: ATS 4107/2019 - ECLI: ES:TS:2019:4107A.

²² Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; «BOE» núm. 7, de 08/01/2000; BOE-A-2000-323. Exposición de motivos, apartado XVIII, párrafos 1º y 2º.

²³ Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil. «Gaceta de Madrid» núm. 36, de 5 de febrero de 1881, páginas 326 a 329 (4 págs.); BOE-A-1881-813.

²⁴ Ver penúltimo párrafo del subapartado 1.1) FUNCIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA.

condición accesoria al proceso principal, CALAMANDREI decía que estas medidas son “instrumentos del instrumento” judicial²⁵.

- b) Provisionalidad y temporalidad: Estas dos características son consecuencia directa de la instrumentalidad, de tal manera que las medidas cautelares son provisionales ya que existen únicamente mientras cumplen su función de aseguramiento, cesando cuando el proceso principal llega a una situación que haga inútil el aseguramiento (o en el caso de las medidas *ante causam*, cesando si no llega a interponerse la demanda en el plazo legalmente determinado²⁶). Y aunque *a priori* no se pueda determinar su duración, las medidas cautelares nacen con vocación de temporalidad por su dependencia frente al proceso principal y a las circunstancias que justificaron su adopción.
- c) Variabilidad: Esta característica es una clara manifestación del principio *rebus sic stantibus*, de tal manera que, si cambian las circunstancias que propiciaron la medida cautelar, esta podrá ser modificada o eliminada de forma coherente a la citada variación de las circunstancias.
- d) Proporcionalidad y menor onerosidad: Esta característica es la concreción de la pretensión del legislador de equilibrar los intereses de las distintas partes. De tal manera que la medida interpuesta debe ser adecuada a los fines pretendidos (de aseguramiento), y siendo adecuada, debe ser la menos gravosa para el demandado.

Autores destacados consideran erróneo calificar de característica a la proporcionalidad, en el caso de PÉREZ DAUDÍ estudia la proporcionalidad como un requisito a tener en cuenta por el juez en el momento de adoptar la medida cautelar²⁷; y en el caso de OSORIO ACOSTA aunque reconoce que la proporcionalidad es una máxima que se debe tener presente al acordar las medidas cautelares, afirma que “en modo alguno puede considerarse una característica, ya que es fácil entender que para el demandado, el hecho de que le impongan una medida cautelar, nunca le parecerá proporcionado”²⁸.

Partiendo de la variabilidad y de la proporcionalidad, si se cumplen una serie de requisitos, podemos hablar de la sustituibilidad (más que ante una característica, estaríamos

²⁵ SILVIA BARONA VILAR (2008): *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo II-Sujetos, actividades previas, medidas cautelares y proceso civil. Doctrina, legislación y jurisprudencia*. Valencia. Tirant lo blanch. Pág.: 1405.

²⁶ *Ibidem*. Pág.: 1408.

²⁷ VICENTE PÉREZ DAUDÍ: *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Op. Cit. Pág.: 31.

²⁸ EZEQUIEL OSORIO ACOSTA (2014): *Las medidas cautelares en el proceso civil español*. Lisboa. Juruá. Pág.: 24.

ante una manifestación de otras dos características), a petición del demandado y por ser menos gravosa, de la medida cautelar por una caución sustitutoria (arts. 746 y 747 LEC).²⁹

A partir de la definición de medida cautelar, su finalidad aseguradora y las citadas características podemos diferenciar claramente cuándo estamos ante una medida cautelar y cuándo estamos ante otras figuras de características similares, lo que doctrinalmente se denominan falsas medidas cautelares³⁰. Un claro ejemplo de falsa medida cautelar son las medidas de aseguramiento de la prueba (arts. 297 y 298 LEC), que son similares a las medidas cautelares, pero solo buscan asegurar la eficacia probatoria, a diferencia de las cautelares, que pretenden asegurar la ejecutividad de la potencial futura sentencia; es decir, la tutela judicial efectiva.

Dentro de estas falsas medidas cautelares es destacable la medida ejecutiva, que tiene homogeneidad, pero no identidad con la medida cautelar, son medidas distintas ya que, aunque la medida cautelar pueda operar anticipando los efectos de la futura ejecución de la sentencia, existiendo un notable parecido con la posterior medida ejecutiva (en caso de sentencia favorable), tienen un fin distinto y por lo tanto una instrumentalidad diferenciada. De tal manera que la medida cautelar se apoya “en la mera probabilidad de una sentencia favorable” y la medida ejecutiva “en la certeza” de la sentencia ya existente³¹.

1.2.4 OTRAS CARACTERÍSTICAS NO DEFINITORIAS

Existen una serie de características aparentes que son aplicables a buena parte de las medidas cautelares, pero no a todas, y consecuencia directa de eso es que no deban ser consideradas características *sensu stricto*.

En primer lugar, podemos hablar de la jurisdiccionalidad de las medidas cautelares que implicaría que la adopción de medidas cautelares fuese “una labor propia, exclusiva y excluyente de los órganos jurisdiccionales”³². Sin embargo, el art. 23 de la Ley de Arbitraje³³ otorga a los árbitros competentes en un proceso la potestad de “adoptar las medidas

²⁹ JOSÉ FLORS MATÍES (2020): *GPS procesal civil*. Valencia, España. Tirant lo blanch. Págs.: 2020-2023.

³⁰ VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, VÍCTOR MORENO CATENA: *Derecho Procesal Civil Parte General 9ª Edición*. Op. Cit. Págs.: 449-451.

³¹ CORAL ARANGÜENA FANEGO: *Nociones preliminares de Derecho Procesal Civil*. Op. Cit. Págs.: 243-244.

³² Mª BEGOÑA GANGOSO PÉREZ (2019): “Medidas cautelares “*inaudita parte*” y escritos preventivos (*protective letters*)” (Trabajo de Fin de Grado). Universidad de Valladolid. Facultad de Derecho. Pág.: 10. <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/37036;oai:uvadoc.uva.es:10324/37036>

³³ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. «BOE» núm. 309, de 26/12/2003. BOE-A-2003-23646. Art.: 23.

cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio”, lo que implica que ya no existe una jurisdiccionalidad absoluta en las medidas cautelares. Lógicamente, esta potestad de los árbitros afecta solo a la vertiente declarativa de las medidas cautelares, ya que para su ejecución es necesario recurrir a la autoridad judicial. Siguiendo la Exposición de Motivos de la citada ley, “Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal”³⁴.

La necesidad de la instancia de parte (art. 721 LEC), principio de justicia rogada o principio dispositivo es una regla general en las medidas cautelares y es aplicable a todas las medidas cautelares del art. 727 LEC. Ahora bien, esto no es aplicable en algunos procesos específicos en los que, debido a su naturaleza, la legislación permite al tribunal correspondiente acordar de oficio medidas cautelares. Tal y como lo establece el art. 48 ter de la Ley concursal³⁵ relativo al embargo de bienes y derechos de quienes hayan sido administradores u apoderados generales en los dos años anteriores a la declaración de concurso; el art. 762 LEC relativo a las medidas cautelares en procesos sobre la capacidad de las personas y el art. 768 LEC relativo a las medidas cautelares en procesos sobre filiación, paternidad y maternidad.

³⁴ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. «BOE» núm. 309, de 26/12/2003. BOE-A-2003-23646. Exposición de Motivos, apartado V, párrafo 6º.

³⁵ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. «BOE» núm. 164, de 10/07/2003. BOE-A-2003-13813.

2 LAS CARACTERÍSTICAS COMO PRESUPUESTO DE LA MEDIDA CAUTELAR

La concurrencia de las ya enunciadas características del art. 726 LEC tiene una relevancia esencial en la adopción de una medida cautelar. Ya que se exige su concurrencia, al igual que sucede con los presupuestos del art. 728 LEC.

Realmente, estamos ante un requisito de coherencia de la medida cautelar con su definición legal, de tal manera que la medida cautelar que se pretenda adoptar debe ser instrumental respecto del proceso principal, debe ser razonable, y debe ser la opción menos gravosa.

La jurisprudencia acostumbra a englobar estas características en la proporcionalidad (término utilizado en un sentido amplio) de la medida cautelar. En muchos autos se obvia la adecuación de la medida cautelar (ya que no se cuestiona) y se procede a analizar directamente los presupuestos del art. 728 LEC, pero cuando se cuestiona la idoneidad de la medida cautelar propuesta, la jurisprudencia realiza un análisis exhaustivo.

Podemos observar ese análisis exhaustivo en el AAP M 5051/2019³⁶, consistente en tres juicios:

- a) Juicio de adecuación: Este juicio analiza dos manifestaciones del carácter instrumental de la medida propuesta. La primera manifestación que evalúa es la accesoriadad, básicamente mientras haya un proceso principal o pueda llegar a existir (en el caso de las medidas *ante causam*) esta manifestación se cumplirá. La segunda manifestación es la homogeneidad o idoneidad, tanto cuantitativa como cualitativa, con la pretensión del proceso principal cuyo objeto se pretende asegurar, de tal manera que no puede obtenerse más en vía cautelar que en la sentencia, y que no puede obtenerse una cosa distinta a la pretendida en la demanda.
- b) Juicio de necesidad o exigibilidad: Este juicio se refiere a la inexistencia de otras medidas alternativas menos gravosas que puedan alcanzar los mismos fines. Es lo que se conoce como la “menor onerosidad”.
- c) Juicio de proporcionalidad o razonabilidad: Este juicio lleva a cabo una ponderación entre los beneficios que la medida puede otorgar al solicitante y los

³⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de enero de 2019. Sección nº11. Ponente Jesús Miguel Alemany Eguidazu. Razonamiento Jurídico 3º. Roj: AAP M 5051/2019 - ECLI:ES:APM:2019:5051A.

perjuicios que la medida puede causar al sujeto pasivo de la demanda. En el caso enjuiciado en el AAP M 5051/2019³⁷ se aprecia una clara situación de desproporcionalidad, ya que se pretende evitar la ejecución de una sentencia con una medida cautelar y, en palabras del TS, “No procede la utilización de una medida cautelar para evitar la ejecución de una sentencia en la parte en la que se considera que ha adquirido firmeza” (ATS 8205/2018³⁸).

Una vez se aprecia la adecuación, proporcionalidad y la menor onerosidad de la medida cautelar, el Tribunal correspondiente estudia si procede adoptar la medida cautelar.

³⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de enero de 2019. Sección nº11. Ponente Jesús Miguel Alemany Eguidazu. Razonamiento Jurídico 3º. Roj: AAP M 5051/2019 - ECLI:ES:APM:2019:5051A.

³⁸ Auto del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2018. Sección nº1. Antonio Salas Carceller. Fundamento de Derecho 2º. Roj: ATS 8205/2018 - ECLI: ES:TS:2018:8205A.

3 PRESUPUESTOS GENÉRICOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El art. 721 LEC establece que el demandante será el responsable en exclusiva de las medidas cautelares que se adopten, ahora bien, esto no quiere decir que se conceda automáticamente cualquier medida solicitada. La LEC en atención a que el Tribunal competente pueda tomar una decisión justificada, ha establecido una serie de requisitos exigibles para que se pueda acordar una medida cautelar.

Los presupuestos o requisitos necesarios para la adopción de medidas cautelares “clásicas”³⁹ son tres y vienen determinados en el art. 728 LEC “Peligro por la mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución.”. Estos presupuestos deben ser acreditados por el actor demandante (o por el reconveniente) de forma indiciaria, de esta forma el Tribunal podrá estimar que el actor demandante aparente llevar razón en su pretensión legal (*fumus boni iuris*), y que exista una amenaza a la efectividad de la futura sentencia a consecuencia de la duración del proceso (*periculum in mora*). Junto a esto se vuelve indispensable la prestación de una caución por parte del demandante para responder por los daños que la medida pudiera ocasionar al demandado.

La jurisprudencia acostumbra a poner de manifiesto presupuestos del art. 728 LEC de la siguiente manera:

“Los presupuestos legalmente exigibles para la adopción de medidas cautelares, recogidos en el art. 728 de la LEC, consisten resumidamente en:

1) justificar que de no adoptarse las medidas solicitadas podría producirse durante la pendency del proceso situaciones que impidieren o dificultasen la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria (peligro en la demora o *periculum in mora*);

2) que con dichas medidas no se pretenda alterar la situación de hecho consentida por el solicitante durante largo tiempo, salvo que justifique las razones por las que no se han solicitado con anterioridad;

³⁹ La LEC en su exposición de motivos define a las medidas cautelares consideradas “clásicas” como el conjunto unitario de medidas cautelares que regula la LEC, excluyendo de este concepto las medidas cautelares específicas de algunos procesos civiles especiales.

3) presentar datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión (apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*); y,

4) prestar caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado” (AAP B 3802/2020⁴⁰).

Para un desarrollo claro de los presupuestos, se considera adecuada la clasificación inicial que nos ofrece OSORIO ACOSTA⁴¹, de tal manera que se analizarán en un apartado los presupuestos para poder acordar medidas cautelares (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*), y en otro apartado el presupuesto para poder ejecutar las medidas acordadas (la caución).

3.1 PRESUPUESTOS PARA PODER ACORDAR MEDIDAS CAUTELARES.

Dentro de este apartado vamos a tratar los dos requisitos determinantes a la hora de que el tribunal competente decida acordar o no las medidas cautelares que hayan sido solicitadas. Es una situación complicada, ya que, de ordinario, se decide si acordar las medidas cautelares antes de que el demandado haya podido contestar a la demanda, de tal manera que no haya podido desmentir datos aportados o contrarrestarlos con otros. Lógicamente esta situación se agrava en el caso de las medidas *inaudita parte*, ya que para cuando el demandado puede presentar sus alegaciones, la medida ya ha sido acordada (lo que no quita para que se pueda modificar o alzar si procede).

Estos dos presupuestos se pusieron de manifiesto en la STC 148/1993, de 29 de abril, sentencia que tiene un especial interés jurisprudencial dentro de la doctrina de nuestro TC, ya que aún tratando cuestiones de fondo relativas al derecho de huelga (en un proceso administrativo, que no civil) y al derecho a la tutela judicial efectiva, es una sentencia que con cierta habitualidad sacan a coalición sentencias y autos relativos a medidas cautelares en un proceso civil. Dentro de la citada sentencia destaca la siguiente cita: “Aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo

⁴⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 28 de mayo de 2020. Sección nº17. Ana María Ninot Martínez. Fundamento de Derecho 2º. Roj: AAP B 3802/2020 - ECLI: ES:APB:2020:3802A.

⁴¹ EZEQUIEL OSORIO ACOSTA: *Las medidas cautelares en el proceso civil español*. Opere citato. Págs.: 59-79.

(*periculum in mora*) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado...(*fumus boni iuris*)...”⁴².

Por otro lado, de la jurisprudencia se deduce la importancia del orden a seguir a la hora de apreciar la concurrencia o no, de estos presupuestos. De tal manera que, aunque no existe obligación legal de seguir un orden, existen razones que fundamentan que sea más prudente examinar con anterioridad el riesgo de mora procesal, y después la apariencia de buen derecho.

Esta situación se justifica en el riesgo inherente a la apreciación del *fumus boni iuris*, que como veremos más adelante, aunque no busca prejuzgar el fondo del asunto, si que evalúa *prima facie* las probabilidades de éxito de la demanda. Y precisamente ese juicio provisional e indiciario relativo al fundamento de la pretensión del actor, puede influir a las partes procesales y condicionar sus futuras alegaciones. Claro reflejo de esto es el RJ 4º del AAP M 74/2019:

“Advertencia preliminar: Orden de examen de los presupuestos de la tutela cautelar...”

Existe un cierto riesgo inherente para el tribunal en el pronunciamiento sobre la apariencia de buen derecho de la pretensión de fondo, derivado de la necesidad de tener que aventurar una valoración sobre la prosperabilidad de tal pretensión en un momento muy temprano en la tramitación procesal, con un conocimiento aún muy limitado del objeto del proceso y de su prueba. Tal riesgo, además, se proyecta de un modo reflejo en la postura procesal de cada parte, una vez conocen la valoración hecha por el tribunal sobre esa apariencia de buen derecho, de modo que, en cierta medida, a partir de ese conocimiento, reaccionan a ello a través de sus alegaciones y propuestas de prueba frente o a favor de aquellos argumentos que el tribunal ha tenido que adelantar al resolver la medida cautelar.

Por tal razón, se presenta como más prudente el análisis previo del presupuesto del *periculum in mora*, y solo si la medida instada supera dicho requisito, entonces se justifica entrar al conocimiento del *fumus boni iuris*”⁴³.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1993, de 29 de abril. Ponente Luis López Guerra. Fundamento Jurídico 5º. BOE núm. 127, de 28 de mayo de 1993; ECLI:ES:TC:1993:148.

⁴³ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de enero de 2019. Sección nº28. Francisco de Borja Villena Cortes. Razonamiento Jurídico 4º. Roj: AAP M 74/2019 - ECLI: ES:APM:2019:74A.

Ahora bien, el hecho de que exista un orden considerado menos gravoso para analizar estos presupuestos, en ningún caso quiere decir que exista obligación legal alguna de seguir un orden de apreciación por parte del Tribunal; es más, cabe recordar que ambos presupuestos deben darse de forma concurrente, estando por tanto a un idéntico nivel de exigibilidad. En el AAP B 3802/2020 se puede apreciar esa idéntica exigibilidad de los presupuestos, a raíz de la argumentación del Tribunal frente a una alegación de la recurrente por la condena en costas a causa de que la denegasen las medidas cautelares que había propuesto en 1ª instancia:

“Según la recurrente, uno de los aspectos más criticables de las medidas cautelares es la regulación de la imposición de costas alegando que en la práctica sólo se solicita la adopción de medidas cautelares cuando es razonablemente seguro que se acordarán, ya que la desestimación implica la condena en costas a la solicitante, lo cual puede estar justificado cuando se deniegan por falta de "fumus bonis iuris" pero no cuando es por falta de acreditación de "periculum in mora". El argumento no puede ser atendido. La adopción de cualquier medida cautelar requiere la concurrencia de los dos requisitos mencionados, fumus bonis iuris y periculum in mora, sin que sea apreciable la distinción propuesta por la recurrente en orden a la imposición de las costas pues la ley nada distingue al respecto”⁴⁴.

3.1.1 PELIGRO POR LA MORA PROCESAL

3.1.1.1 CONCEPTO

El *periculum in mora* viene legalmente determinado por el primer párrafo del art. 728.1 LEC: “Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.”

De tal manera que el *periculum in mora* se caracteriza porque “exige la existencia de potenciales riesgos que amenacen y hagan incierta la efectividad de un futuro pronunciamiento contrario a quien ocupa la posición del sujeto pasivo del procedimiento, debiendo el peticionario justificar que durante el proceso podrían producirse situaciones que

⁴⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 28 de mayo de 2020. Sección nº17. Ana María Ninot Martínez. Fundamento de Derecho 4º. Roj: AAP B 3802/2020 - ECLI: ES:APB:2020:3802A.

impidieran o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgar una sentencia estimatoria” (AAP B 3557/2020)⁴⁵.

Considero destacable el hecho que este presupuesto constituye la razón de ser misma de la tutela cautelar⁴⁶; ya que la finalidad de la tutela cautelar es precisamente (como ya ha quedado indicado en este mismo trabajo) “evitar los riesgos de la duración temporal del juicio en aras de preservar la efectividad de la sentencia que haya de recaer”⁴⁷.

3.1.1.2 LA EXIGENCIA DE CONCRETAR EL RIESGO

Siguiendo el tenor del ya citado primer párrafo del art. 728.1 LEC merece una explicación más completa el condicionante “...si quien las solicita justifica...” ese peligro.

Es lógico que haya que justificar la existencia del peligro, pero existen muchos niveles de justificación, y siendo realistas, la hipotética exigencia de una acreditación rigurosa e irrefutablemente probada de la existencia del *periculum in mora* nos conduciría a una situación de inoperancia de las medidas cautelares, ya que en muchas ocasiones ni tan siquiera se llegarían a adoptar.

Sobre esto se pronuncia BARONA VILAR afirmando que “la justificación de este peligro no debe ser entendida en el sentido estricto y riguroso, es decir, como necesidad de que se aporte una prueba cierta y demostrativa(...), sino que debe interpretarse de una forma más abierta y flexible, pues (no) en vano la ley emplea el término “justificar” que, sin duda, es más amplio y comporta un grado de certeza algo menor que el de probar o acreditar”⁴⁸.

De estas palabras de BARONA VILAR se deduce que la justificación exigida relativa al *periculum in mora* no alcanza el nivel de exigencia probatoria que se exige en el proceso principal.

A este respecto podemos entender que el solicitante de la medida cautelar debe alegar el *periculum in mora*, sin necesidad de probar *sensu stricto* su existencia fehaciente, pero con la

⁴⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 28 de mayo de 2020. Sección nº11. María del Mar Alonso Martínez. Fundamento de Derecho 3º. Roj: AAP B 3557/2020 - ECLI: ES:APB:2020:3557A.

⁴⁶ JOSÉ FLORS MATÍES: *GPS procesal civil*. Op. Cit. Pág.: 2052.

⁴⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2020): “*Diccionario del español jurídico (DEJ)*”.

⁴⁸ SILVIA BARONA VILAR: *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo II-Sujetos, actividades previas, medidas cautelares y proceso civil. Doctrina, legislación y jurisprudencia*. Op. Cit. Pág.: 1470.

obligación de razonar los hechos que originan o pueden originar el peligro, y en la medida de lo posible, acreditar esos hechos.

La jurisprudencia mantiene un criterio uniforme en el que exige concretar el riesgo alegado, y motivar la apreciación de ese riesgo acreditando los hechos que lo fundamentan. Este criterio se ve reflejado en el RJ 2º del AAP IB 33/2020: “el requisito del "periculum in mora" se debe concretar, según la doctrina, en un peligro actual que, obviamente, reforzado por el tiempo que transcurrirá hasta que se dicte sentencia, pueda impedir la eficacia de la futura sentencia estimatoria. En consecuencia, el solicitante deberá acreditar cuales son los hechos que fundamentan la existencia actual, siquiera indiciaria, del peligro alegado y que pueden determinar que, contestados en el futuro, impidan que pueda hacerse efectiva la eventual sentencia estimatoria”⁴⁹.

Ahora bien, atendiendo a la jurisprudencia hay una serie de situaciones en las que el *periculum in mora* está implícito en el objeto del proceso principal. Es el caso de la fusión de sociedades por absorción, y también se da en casos que tratan infracciones del derecho de la propiedad intelectual. Lógicamente, esto es una excepción a la idea de concretar el riesgo alegado, lo no quiere decir que no se exija un riesgo concreto, sino que el riesgo se aprecia de forma específica en el propio supuesto de autos.

Un claro ejemplo de *periculum in mora* consustancial al objeto del proceso lo podemos encontrar en el transcurso de un caso de fusión bastante polémico. Se trata del proceso de fusión de las mercantiles comúnmente conocidas como MEDIASET ESPAÑA y MEDIASET ITALIA, fusión que probablemente dará lugar (cabe decir que todavía está en proceso) a una nueva sociedad sita en Holanda denominada “MFE-MEDIAFOREUROPE, N.V.”.

La lucha de fondo en este caso puede resumirse en una pugna por el control del accionariado entre las dos principales accionistas FINIVEST -mercantil italiana que gracias a la fusión consolidará el control del gigante de las comunicaciones resultado de esta fusión, y que actualmente controla MEDIASET ESPAÑA y es el mayor accionista de MEDIASET ITALIA, aunque no tiene el control absoluto de la entidad- y VIVENDI -mercantil francesa y segundo mayor accionista de MEDIASET ITALIA, pero con un 1% del accionariado de MEDIASET ESPAÑA frente al más del 50% que ostenta FINIVEST, lo que sitúa a

⁴⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 15 de enero de 2020. Sección nº3. Ana Calado Orejas. Razonamiento Jurídico 2º. Roj: AAP IB 33/2020 - ECLI: ES:APIB:2020:33A.

VIVENDI como principal perjudicado de la fusión porque pasará de tener un peso decisivo en MEDIASET ITALIA a ser casi irrelevante en MEDIA FOR EUROPE-).

Y en mitad del caos mercantil que acompaña esta fusión, la sociedad VIVENDI impugnó varios acuerdos sociales de MEDIASET ESPAÑA y, como medida cautelar en lo que se resuelve su impugnación, pidió la suspensión cautelar de los acuerdos impugnados (art. 727.10ª LEC), la anotación preventiva de demanda en el Registro Mercantil y su publicación en el BORME (art. 727.5ª LEC) y la anotación preventiva de la suspensión cautelar de los acuerdos sociales impugnados en el Registro Mercantil y su publicación en el BORME (art. 727.6ª LEC). Medidas cautelares que fueron adoptadas mediante auto dictado por el correspondiente juzgado mercantil de 1ª instancia, apreciándose el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris* y previa caución de 19.000.000€.

A la hora de justificar el *periculum in mora*, VIVENDI alegó la dificultad de revertir una fusión transfronteriza una vez se inscribe en el Registro correspondiente, sin dar más explicaciones.

Ante estas medidas cautelares MEDIASET ESPAÑA (controlada por FINIVEST) recurre su adopción alegando, entre otras cuestiones, que VIVENDI alegó un riesgo genérico e inespecífico que no fue concretado.

Y al resolver este recurso, el Tribunal expone que el *periculum in mora* está implícito en el acuerdo de fusión y por tanto el riesgo es inherente al objeto del proceso principal: además indica que es una cuestión ya tratada con anterioridad, y que para apreciar el *periculum in mora* basta con que exista una amenaza que dificulte la efectividad de una eventual sentencia estimatoria. Atendiendo a la literalidad del AAP M 1097/2020, el Tribunal establece que:

“Esas situaciones a las que alude el artículo 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pueden provenir tanto del demandado como de terceros o estar desprovistas de toda atribución subjetiva, en tanto que el *periculum in mora* se configura en términos objetivos, esto es, como la mera probabilidad de que se produzcan durante la tramitación del proceso situaciones que impidan o dificulten la tutela que en su día pudiera otorgarse.

Como hemos señalado en nuestro reciente auto de fecha 13 de diciembre de 2019: "En relación con la fusión de sociedades por absorción, la Sala considera que el riesgo es inherente al propio acuerdo, pues la desaparición en este caso de una de las sociedades del tráfico jurídico y su sustitución por otra produce situaciones que pueden resultar

imposibles o muy difíciles de revertir, como es el caso de la aparición de terceros protegidos por la buena fe, tal y como afirma el recurrente".

No cabe censurar a la demandante que invocara un riesgo genérico o inespecífico en tanto que, en el supuesto de autos, el *periculum in mora* es consustancial al acuerdo adoptado, lo que, por otra parte, también se aprecia comúnmente en otros ámbitos, como cuando se trata de imponer la cesación cautelar de una eventual infracción de derechos de propiedad industrial.

Por tanto, la cuestión no es que se abroge la exigencia de un requisito para el otorgamiento de la tutela cautelar, sino que su apreciación puede ser inherente al propio objeto del litigio.

Como hemos indicado la apreciación del requisito analizado no exige que puedan producirse situaciones durante la pendencia del proceso que impidan la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, en este caso la nulidad de los acuerdos de segregación y fusión, sino basta con que se dificulte esa efectividad.⁵⁰

3.1.1.3 TIPOS DE RIESGO, CONFIGURACIÓN IN ABSTRACTO, Y SU CLASIFICACIÓN.

La LEC no concreta los tipos de peligros o riesgos que, en cada una de las medidas cautelares, se pretenden paliar. Lógicamente, la LEC sí que concreta el principal riesgo que es la duración misma del proceso judicial, y el solicitante de medidas cautelares debe justificar el daño que puede producirse a consecuencia de la duración del proceso principal.

Por tanto, para que pueda apreciarse el *periculum in mora* tienen que concurrir dos tipos de peligro: La demora o duración misma del proceso y el daño concreto que se pueda producir por esa demora.

Ese daño concreto que se puede producir a consecuencia de la duración del proceso podría haber sido legalmente configurado siguiendo dos posibles sistemas:

- Una posibilidad sería la configuración *in abstracto*, es decir, sin concretar legalmente los tipos de riesgos que justificarían una medida cautelar.

⁵⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de febrero de 2020. Sección nº28. Alberto Arribas Hernández. Razonamiento Jurídico 2º. Roj: AAP M 1097/2020 - ECLI: ES:APM:2020:1097A.

- La otra posibilidad sería la configuración *in concreto*, es decir, determinando legalmente los riesgos concretos que cada medida cautelar pretende paliar.

Nuestra legislación (LEC del año 2000) ha optado por la configuración *in abstracto*, de tal manera que, partiendo del riesgo inherente a la duración del proceso, el solicitante puede concretar libremente qué amenaza aprecia y qué medidas cautelares solicita en coherencia con esa amenaza. Este tipo de configuración es acertada, ya que no limita a un número concreto las amenazas a la tutela judicial efectiva que puedan ser apreciadas por el solicitante. Dicho esto, si el legislador hubiese optado por una configuración *in concreto*, podría haber establecido una cláusula de *numerus apertus* para no limitar las situaciones apreciables, de esto se deduce que existen otras opciones legislativas que también hubiesen sido válidas.

La configuración *in abstracto* y la existencia de amenazas a consecuencia de la duración del proceso son cuestiones elementales para nuestra jurisprudencia que se pueden apreciar, entre otros, en el AAP B 7546/2019⁵¹:

“...Periculum in mora: Implica la necesidad de conjugar los riesgos que amenazan la duración del proceso principal, de modo que existe peligro de inejecución o de ineffectividad de la Sentencia estimatoria. Esta ineffectividad puede derivarse de la concurrencia de dos tipos de peligro: el retraso y el daño que se puede producir por la demora. Para su configuración legal dos son los sistemas que pueden acogerse: in abstracta, o bien mediante la determinación in concreto de los riesgos que, en cada una de las medidas cautelares, se pretenden conjurar. La LEC de 2000 ha optado con carácter general por la configuración in abstracto de este presupuesto, atendido el peligro de la duración, que podría aprovecharse por quienes participan en el proceso, haciendo ineffectiva la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia. No obstante, pueden confluír otros peligros que fundamenten las medidas cautelares específicas...”.

Más allá de la configuración *in abstracto* de la LEC, podemos clasificar los diferentes riesgos en función de cómo amenacen la efectividad de la futura sentencia. Este tipo de

⁵¹ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de octubre de 2019. Sección nº14. Agustín Vigo Morancho. Fundamento de Derecho 2º. Roj: AAP B 7546/2019 - ECLI: ES:APB:2019:7546A.

clasificación ha sido desarrollada por autores como ORTELLS RAMOS⁵²⁵³, cuya clasificación agrupa los riesgos de la siguiente manera:

- a) Riesgos que inciden directamente en la ejecución de la sentencia: Sería el caso del riesgo de insolvencia del demandado cuando estamos ante una pretensión pecuniaria. Es interesante recordar que el riesgo de insolvencia debe acreditarse verosímilmente, con fundamento, no basta con alegarlo como un riesgo genérico.
- b) Riesgos que inciden de forma específica en la ejecución de la sentencia: Sería el caso de la desaparición de la pieza de arte cuya propiedad se debate en el juicio.
- c) Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos declarativos (no ejecutivos) de la sentencia: Sería el caso de que durante el transcurso de un proceso el titular registral venda el inmueble (objeto de la pretensión declarativa de dominio) a un tercero de buena fe y este lo inscriba, pasando a ser este tercero de buena fe el propietario *secundum legem*.
- d) Riesgos que amenazan la efectividad de la ejecución de la sentencia: Sería el caso de la actividad calumniosa (mediante publicidad, fake news...) que pueden crear un daño irreparable, lo que devendría inútil la futura sentencia y hace aconsejable adoptar una medida cautelar que cese la conducta dañina. En este caso es interesante recordar que el tribunal en cuestión tendrá que ponderar los derechos fundamentales que estén en conflicto en cada caso (Derecho al honor, Libertad de expresión, Libertad de prensa...).

La jurisprudencia mantiene una clasificación, en la misma línea a la ya expuesta, de los diferentes tipos de riesgo que pueden confluir con la duración del proceso, y que a su vez pueden justificar de manera suficiente el *periculum in mora*. Esa doctrina queda reflejada en el ya citado RJ 2º del AAP IB 33/2020:

“Doctrinalmente se señalan como tipos de riesgos los siguientes:

- a) Riesgos que amenazarían la posibilidad práctica de la efectividad de una sentencia en sentido genérico, es decir, por colocarse el demandado en situación de no poder

⁵² MANUEL ORTELLS RAMOS, MARÍA PÍA CALDERÓN CUADRADO (1996): “La tutela judicial cautelar en el derecho español”. España. Comares. Págs.: 14 y 15.

⁵³ SILVIA BARONA VILAR: *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo II-Sujetos, actividades previas, medidas cautelares y proceso civil. Doctrina, legislación y jurisprudencia*. Op. Cit. Págs.: 1465-1467.

cumplirla. Por ejemplo, el riesgo de insolvencia si se ha interpuesto una pretensión pecuniaria.

b) Riesgos que amenazarían la efectividad de la sentencia en el supuesto de una ejecución específica. En el caso de entrega de una cosa determinada mueble, si no se hallare dicha cosa mueble por no haber adoptado la correspondiente cautela a lo largo del proceso principal, se tendrá que convertir la ejecución específica en una ejecución dineraria.

c) Riesgos que amenazarían la efectividad de la ejecución en caso de no adoptarse las medidas cautelares correspondientes, transcurriría el tiempo y llegado el momento de la ejecución de la sentencia que ha acogido la pretensión del actor, éste podrá encontrarse con una situación irreversible.

d) Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia. Por ejemplo, la estimación de una pretensión declarativa de dominio devendrá inútil, si en el desarrollo del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe y éste ha suscrito a su favor.”⁵⁴

3.1.1.4 LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

El art. 728.1 párrafo 2º LEC establece una manifestación legal de este principio que constituye un requisito para que pueda apreciarse el *periculum in mora*; concretamente dice: “No se acordarán medidas cautelares cuando 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”.

Este precepto implica que el solicitante de la medida cautelar tiene que haber sido diligente a la hora de salvaguardar sus derechos legítimos, de tal manera que, si el demandante no ha sido diligente y ha consentido una situación injusta a lo largo del tiempo, a la hora de solicitar una medida cautelar estará pretendiendo modificar una situación consentida por sus propios actos, finalidad muchas veces distinta al aseguramiento del objeto litigioso.

⁵⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 15 de enero de 2020. Sección nº3. Ana Calado Orejas. Razonamiento Jurídico 2º. Roj: AAP IB 33/2020 - ECLI: ES:APIB:2020:33A.

Lógicamente, cuando se da esta situación de consentimiento a lo largo del tiempo, es el demandado el que la alega, contraponiéndose así a la adopción de las medidas cautelares.

Es interesante que de cara a la aplicación de este precepto, la propia jurisprudencia reconoce la dificultad de adoptar medidas cautelares una vez interpuesta la demanda, tal y como afirma el AAP OU 47/2020: “la jurisprudencia es sumamente restrictiva a la hora de adoptar medidas cautelares una vez presentada la demanda, exigiendo que los hechos en que se funde la solicitud sean posteriores a ella o no fueran conocidos por quien demanda (así, por todos, Auto del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2014⁵⁵)”⁵⁶.

A modo de ejemplo, el AAP B 7830/2018 trata las cuestiones cautelares relativas a un procedimiento de patentes en telefonía móvil. En este caso se da la situación en la que la parte demandante (FRACTUS) ha consentido el uso por parte de la demandada (WIKOMOBILE) de su tecnología amparada por patente (objeto del proceso principal) del año 2014 al año 2018, es decir, durante más de tres años ha consentido la utilización de su tecnología sin instar su cese.

En primera instancia conceden las medidas cautelares que había solicitado FRACTUS, ante lo que WIKOMOBILE recurre y alega que se trata de una situación consentida a lo largo de más de tres años, de tal manera que conforme al art. 728.1.II LEC considera que no proceden las medidas adoptadas.

Y en segunda instancia (y en esta ocasión, última, ya que no recurren la decisión de la AP) se debate si, pese a tratarse de una situación consentida a lo largo del tiempo (ambas partes corroboran esta premisa) existe algún factor extraordinario que justifique la adopción de las medidas cautelares modificando esa situación consentida en el tiempo. Ante esto, FRACTUS (parte recurrida) alega que ha finalizado el período de 180 días que se habían dado para negociar, lo que resulta insuficiente, ya que habían llevado a cabo más de una negociación y nada les impedía alargar ese período de negociación (es algo poco significativo ya que su alegación se refiere a un pacto con una duración de 180 días, dentro de un lapso temporal de más de tres años de consentimiento de la situación); por otro lado, también alega la proximidad de un congreso a nivel mundial (el conocido Mobile World Congress), cuestión que el Tribunal considera insuficiente ya que esta misma compañía había acudido con la

⁵⁵ Auto del Tribunal Supremo, de 11 de marzo de 2014. Sección nº1. Ignacio Sancho Gargallo. Razonamiento Jurídico 3º. Roj: ATS 1868/2014 - ECLI: ES:TS:2014:1868A.

⁵⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Ourense, de 6 de febrero de 2020. Sección nº1. Josefa Otero Seivane. Fundamento de Derecho 3º. Roj: AAP OU 47/2020 - ECLI: ES:APOU:2020:47A.

tecnología objeto del litigio a varios congresos de este nivel. En palabras del AAP B 7830/2018:

“En el supuesto de autos la finalización del período para negociar, tras varios intentos producidos en distintas ocasiones, no supone un cambio cualitativo, por cuanto nada impedía a las partes prorrogar los plazos pactados para no litigar, o incluso negociar con un procedimiento judicial ordinario en curso. Ya se habían producido contactos y negociaciones en años anteriores sin que se interpusiera ningún tipo de acción judicial.

La celebración de un congreso de repercusión global no justifica, por sí sola, la adopción de medidas, salvo que se anunciara el lanzamiento de nuevos modelos o gamas de productos infractores, o salvo que la presencia del presunto infractor en el Congreso causara un perjuicio objetivable para el titular de la patente, perjuicio objetivable que debía ser distinto al que pudiera haberse producido antes de la celebración del Congreso o la celebración de congresos anteriores.

En definitiva, consideramos que no concurre el requisito del peligro por la mora en la tramitación del procedimiento ya que durante más de tres años la actora había consentido que la demandada, o las sociedades vinculadas al grupo del que formaba parte, utilizaran la tecnología amparada por la patente, sin que conste el ejercicio de acciones judiciales y, mucho menos, la adopción de medidas cautelares”⁵⁷.

Por todo lo expuesto, se alzaron las medidas cautelares adoptadas en primera instancia al considerar no concurría el *periculum in mora* por ir en contra de la doctrina de los actos propios.

Dentro de este apartado considero relevante citar la jurisprudencia del TS que declara el principio general en derecho de no ir contra los actos propios, destacando la STS 4640/2016:

“En relación a la doctrina de los actos propios, la jurisprudencia tiene declarado que el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos ("nemo potest contra proprium actum venire"), actúa como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 del Código Civil y acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico al imponer un deber de coherencia en el tráfico, precisando para su aplicación la observancia de un actuar, sea a

⁵⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 18 de diciembre de 2018. Sección nº15. Ponente José María Fernández Seijo. Fundamento de Derecho 6º. Roj: AAP B 7830/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7830A.

través de hechos o de actos, con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la posición actual exista una incompatibilidad o contradicción”⁵⁸.

En la misma línea que el TS, se ha pronunciado el TC aludiendo a la exigibilidad en el ámbito procesal de esta doctrina. Tal y como lo recoge la STC 24/1995⁵⁹:

“...conforme la doctrina de los actos propios que impide a la parte adoptar un comportamiento contradictorio, y al principio general de la buena fe en el ejercicio de los derechos, que preside las actuaciones procesales, expresamente exigible en el ámbito procesal (art. 7.7 C.C. y 11.1 L.O.P.J.), (SSTC 67/1984, 73/1988 y 3/1991)”.

3.1.2 APARIENCIA DE BUEN DERECHO

3.1.2.1 CONCEPTO

El segundo presupuesto necesario para la adopción de medidas cautelares es el *fumus boni iuris*, que podría definirse como la acreditación de la probabilidad suficiente de que la pretensión formulada en el proceso principal vaya a poder prosperar. *Sensu contrario*, se trata de que el Juez considere que no se pretende asegurar la pretensión de una demanda temeraria, ya que la medida cautelar va a tener una incidencia en la esfera jurídica del demandado y, por tanto, es exigible *prima facie* una justificación de que la demanda tenga una sustentación legal aparentemente adecuada.

La definición legal de este presupuesto la encontramos en el art. 728.2 LEC: “El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito”.

La definición legal deja claro que se trata de un “juicio provisional e indiciario” del objeto del proceso principal, el problema viene con el nivel de acreditación que se exija. Si el nivel

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2016. Sección nº1. José Antonio Seijas Quintana. Fundamento de Derecho 1º. Roj: STS 4640/2016 - ECLI: ES:TS:2016:4640.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1995, de 30 de enero. Ponente Luis López Guerra. Fundamento Jurídico 4º. BOE núm. 50, de 28 de febrero de 1995; ECLI:ES:TC:1995:24.

de acreditación que se exige es bajo, puede no haber una evidencia suficiente de esa apariencia de buen derecho; pero si el nivel de acreditación que se exige es elevado, correríamos el riesgo de que se prejuzgue el fondo del asunto.

Igualmente, la ley establece como medios de prueba la justificación documental y otros medios que el solicitante considere oportunos.

Sin embargo, la definición legal da lugar a múltiples interpretaciones a la hora de ser aplicada por los Tribunales, ¿Qué es un juicio provisional favorable?, ¿Qué grado de convicción debe alcanzar el Tribunal?, ¿Existen limitaciones prácticas que impidan al Tribunal prejuzgar? En los siguientes apartados voy a mostrar la aplicación práctica que actualmente está dando la jurisprudencia a este presupuesto, y los conflictos que pueden surgir, intentando precisar los conceptos un tanto laxos de la definición legal que en más de una ocasión han dado lugar a divergencias doctrinales.

3.1.2.2 EL JUICIO DE PROBABILIDAD FAVORABLE SEGÚN LA DOCTRINA

Aunque la doctrina es unánime en lo referente a la necesidad de justificar el *fumus boni iuris* de una manera documental (u otro medio de prueba) existe una falta de consenso en lo referente al grado de demostración necesario de esa apariencia de buen derecho y de si debe exigirse una mayor o menor apariencia de buen derecho, en función de la mayor o menor injerencia en la esfera jurídica que vaya a implicar la medida cautelar.⁶⁰

El Alto Tribunal ha indicado en varias ocasiones (ATS 6421/2008⁶¹, ATS 3633/2019⁶²) que ese “...juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión...es preciso que tenga la entidad de un juicio de probabilidad cualificada...”.

Y la cuestión que debemos dilucidar es qué se entiende por un juicio de probabilidad cualificada, a este respecto PÉREZ DAUDÍ⁶³ ha analizado diversas posiciones doctrinales (CALDERÓN CUADRADO, SERRA DOMÍNGUEZ, CALAMANDREI, TARUFFO, NIEVA FENOLL) y ha expuesto sus conclusiones a través de una comparación entre el juicio relativo al *fumus boni iuris* y el juicio relativo al proceso principal.

⁶⁰ VICENTE PÉREZ DAUDÍ: *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Op. Cit. Pág.: 68.

⁶¹ Auto del Tribunal Supremo, de 16 de mayo de 2008. Sección nº1. Jesús Eugenio Corbal Fernández. Fundamento de Derecho 4º. Roj: ATS 6421/2008 - ECLI: ES:TS:2008:6421A.

⁶² Auto del Tribunal Supremo, de 10 de abril de 2019. Sección nº1. Francisco Marín Castán. Fundamento de Derecho 3º. Roj: ATS 3633/2019 - ECLI: ES:TS:2019:3633A.

⁶³ VICENTE PÉREZ DAUDÍ: *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Op. Cit. Págs.: 68-70.

Viene a concluir que se requiere la misma convicción judicial para apreciar la apariencia de buen derecho que para dictar una sentencia estimatoria, aunque para alcanzar esa convicción existen tres condicionantes que pueden modificar la capacidad apreciativa del Tribunal:

- Condicionante temporal: Al tener un tiempo limitado para conocer los aspectos relativos a la medida cautelar, dada la urgencia con la que se debe adoptar, el juicio del *fumus boni iuris* será más incompleto que el juicio relativo al proceso principal, lo que implica distintos grados de conocimiento sobre el asunto.
- Condicionante lógico: El método racional que siguen los jueces es el mismo tanto en el juicio del *fumus boni iuris* como en el juicio relativo al proceso principal, de tal manera que las conclusiones lógicas se alcanzan de una manera idéntica.
- Condicionante valorativo: El juicio del *fumus boni iuris* no tiene el mismo carácter definitivo que tiene el juicio relativo al proceso principal, de hecho, las medidas cautelares se caracterizan por su variabilidad y su temporalidad. Esto hace que el juez tenga menos presión a la hora de adoptar una medida cautelar que a la hora de dictar sentencia.

En definitiva, para PÉREZ DAUDÍ el juicio del *fumus boni iuris* sigue el mismo razonamiento lógico que el juicio principal, aunque con un nivel menor de conocimiento sobre el asunto juzgado y con una trascendencia menor de la decisión adoptada.

La conclusión que se puede alcanzar en este apartado es que tanto en el juicio del *fumus boni iuris* como en el juicio relativo al fondo del asunto estamos ante un juicio de probabilidad cualificada, de tal manera que la diferencia de un juicio y otro reside en el objeto de cada juicio y no en el grado de convicción.

3.1.2.3 CARACTERÍSTICAS DEL JUICIO DE PROBABILIDAD

Además de tratarse de un juicio de probabilidad cualificada, estamos ante un juicio provisional e indiciario.

Provisional porque este juicio de apariencia de buen derecho, tanto si se aprecia como si no se aprecia el *fumus boni iuris*, es temporal y desaparecerá cuando se dicte sentencia firme sobre el fondo del asunto.

Indiciario porque el nivel de conocimiento sobre la causa es parcial y se limita únicamente a los elementos acreditativos que el solicitante entregue. Ahora bien, el Tribunal puede examinar estos indicios en profundidad, evaluando las diferentes consecuencias jurídicas que de ellos se deduzcan. Es decir, se limita el conocimiento del Tribunal a unos indicios, pero no existe límite alguno a la hora de estudiar esos indicios (más allá que los plazos procesales para dictar auto).

Estos elementos característicos tienen un claro reflejo en el AAP TF 1048/2019:

“Ese análisis y juicio sobre el fondo no tiene más limitación que las que el propio precepto establece, en concreto, que sea provisional e indiciario, naturalmente sin prejuzgarlo, como también matiza el precepto, es decir, sin adoptar una decisión definitiva sobre el mismo, pues un juicio previo (es decir, un prejuicio) es consustancial a la decisión sobre este presupuesto. La primera característica (la provisionalidad) significa que es meramente temporal hasta que se dicte sentencia definitiva (o firme) y, en su caso, las medidas cautelares se conviertan en medidas de ejecución. La segunda (su carácter indiciario) que, como las medidas se adoptan de ordinario en los momentos iniciales del proceso, ese juicio solo se podrá obtenerse sobre los indicios inferidos de los elementos con los que se cuenten, a menudo muy limitados es esos momentos. Eso sí, el actor debe justificar (en la doctrina se pone de relieve la significación de este término que es más amplio y comporta un grado de certeza algo menor que el de "probar" o el de "acreditar"), el presupuesto, justificación que generalmente se concreta a través de un documento más o menos fiable pero que también puede consistir en un dictamen pericial o en cualquier otro elemento expresivo de los indicios sobre la procedencia”⁶⁴.

Es interesante que, siguiendo el tenor literal de esta sentencia, estamos ante un prejuicio que no prejuzga. Es un prejuicio porque es un juicio previo, y no prejuzga ya que es provisional e indiciario. Sin embargo, existen múltiples recursos en los que se alega que en el juicio cautelar se ha prejuzgado.

⁶⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 04 de diciembre de 2019. Sección nº4. Ponente Pablo Jose Moscoso Torres. Fundamento de Derecho 2º. Roj: AAP TF 1048/2019 - ECLI: ES:APTF:2019:1048A.

3.1.2.4 EL JUICIO PREVIO Y LA NO PREJUDICIALIDAD

El art. 728.2 LEC deja claro que la apreciación del *fumus boni iuris* se debe llevar a cabo “sin prejuzgar el fondo del asunto”, sin embargo, basta con leer la Exposición de Motivos de la LEC para ver como el legislador reconoce el riesgo de la prejudicialidad (reconoce “el riesgo de que la decisión sobre las medidas cautelares, antes de la demanda o ya en el seno del proceso, genere algunos prejuicios o impresiones en favor o en contra de la posición de una parte, que puedan influir en la sentencia”⁶⁵).

Dado el escaso desarrollo de la LEC de la no prejudicialidad, la jurisprudencia ha ido respondiendo a los distintos interrogantes que han ido surgiendo.

En primer lugar, existe jurisprudencia del TS y jurisprudencia menor que declaran que conforme a la regulación vigente la resolución que decida sobre las medidas cautelares no prejuzga:

“Conforme a la regulación de las medidas cautelares que se contiene en los arts. 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en concreto, en preceptos como los arts. 726.2 y 728.2, la resolución que se dicte acordando o denegando la adopción de medidas cautelares tiene un carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento, conforme a lo previsto en dicha ley, y contiene un juicio provisional e indiciario sobre el fundamento de la pretensión contenida en la demanda, que no prejuzga ni condiciona la sentencia que en su día pueda dictarse sobre el fondo del litigio” (STS 1669/2016⁶⁶ y STS 2594/2016⁶⁷).

Atendiendo a jurisprudencia de Audiencias Provinciales aportan un razonamiento reiterado de que no hay prejudicialidad, ya que la finalidad del juicio previo es exclusivamente determinar la procedencia de la adopción de las medidas cautelares, y para más ende, puede haber una restricción de elementos probatorios. Véase AAP B 4228/2020⁶⁸, AAP B

⁶⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; «BOE» núm. 7, de 08/01/2000; BOE-A-2000-323. Exposición de motivos, apartado XVIII, párrafo 7º.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 2016. Sección nº1. Rafael Saraza Jimena. Fundamento de Derecho 4º. Roj: STS 1669/2016 - ECLI: ES:TS:2016:1669.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, de 01 de junio de 2016. Sección nº1. Rafael Saraza Jimena. Fundamento de Derecho 3º. Roj: STS 2594/2016 - ECLI: ES:TS:2016:2594.

⁶⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de junio de 2020. Sección nº15. Ponente Marta Cervera Martínez. Fundamento Jurídico 5º. Roj: AAP B 4228/2020 - ECLI: ES:APB:2020:4228A.

5672/2019⁶⁹, AAP B 7613/2018⁷⁰, SAP B 4139/2014⁷¹(...): “Ese juicio previo no tiene carácter definitivo (no deja prejuzgada la cuestión) sino provisional, por dos razones definitivas: (i) no persigue zanjar la controversia sino exclusivamente determinar si pueden adoptarse medidas cautelares; y (ii) se realiza con una posible restricción de elementos probatorios. Por ello, no dejará cerrada la cuestión ni vinculará al propio juez al juzgar en sentencia sobre las mismas cuestiones”.

Ahora bien, el problema llega en aquellos casos en los que coinciden plenamente las pruebas practicadas en el proceso cautelar y en el proceso principal. Es difícil argumentar que no hay prejudicialidad cuando en ambos procesos resuelve el mismo Tribunal con las mismas pruebas y la misma legislación.

Por tanto, en este hipotético caso de idénticas pruebas, la pregunta que nos debemos plantear es ¿existe alguna diferencia a la hora de dictar sentencia en el proceso principal frente a la valoración previa del *fumus boni iuris*? Y la respuesta nos la da el TS, que explica que el proceso principal permite un juicio más reflexivo que valore con más detenimiento las alegaciones y pruebas presentadas, incluyendo las alegaciones finales de cada abogado (y las que lleven a cabo en caso de que recurran la decisión adoptada). Más concretamente el TS declara:

“...Incluso en los casos en los que las pruebas practicadas sean las mismas en el proceso principal y en la pieza de medidas cautelares [...], la resolución que decida sobre la adopción de tales medidas cautelares no prejuzga ni predetermina el contenido que haya de tener la sentencia. El tribunal, a la hora de dictar la sentencia definitiva en el proceso principal, puede realizar un juicio más profundo, más reflexivo, en el que valore con más detenimiento las alegaciones realizadas y las pruebas practicadas, tenga en cuenta las alegaciones finales realizadas por los abogados de las partes en el juicio, y de este modo sustituya el juicio provisional e indiciario contenido en el auto que resuelve la solicitud de medidas cautelares por un enjuiciamiento definitivo de la cuestión litigiosa. Y ello es posible tanto en primera como en segunda instancia, en la que la Audiencia debe valorar, además, las alegaciones efectuadas en el recurso de apelación

⁶⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de julio de 2019. Sección nº19. Ponente Asuncion Claret Castany. Fundamento de Derecho 1º. Roj: AAP B 5672/2019 - ECLI:ES:APB:2019:5672A.

⁷⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de diciembre de 2018. Sección nº15. Ponente Jose Maria Ribelles Arellano. Fundamento Jurídico 2º. Roj: AAP B 7613/2018 - ECLI: ES:APB:2018:7613A.

⁷¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 05 de febrero de 2014. Sección nº15. Ponente Juan Francisco Garnica Martin. Razonamiento Jurídico 4º. Roj: SAP B 4139/2014 - ECLI: ES:APB:2014:4139.

interpuesto contra la sentencia dictada en el proceso principal” (STS 1669/2016⁷² y STS 2594/2016⁷³).

Por último, una vez que hemos visto cómo puede llegar a existir una prejudicialidad de facto (ya que se juzga dos veces algo prácticamente idéntico), el TS termina de aclarar que no son en absoluto vinculantes los pronunciamientos del auto frente al proceso principal (no tienen la condición de cosa juzgada), de tal manera que si en el proceso principal se alcanzan razonamientos contradictorios a los que se hayan alcanzado en el auto, esto no supondrá una infracción del Principio de Congruencia. La STS 1669/2016 establece:

“La congruencia de las sentencias se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera que la sentencia no puede otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendido. La congruencia, por tanto, consiste en la adecuación del fallo de la sentencia al petitum o petición de la demanda en relación con la causa petendi o causa de pedir de la misma.

Por tanto, que la sentencia dictada en el proceso principal contenga pronunciamientos en sentido contrario a lo acordado en auto que resuelve sobre la solicitud de medidas cautelares, incluso que sus razonamientos sean contradictorios, no supone infracción del principio de congruencia...”⁷⁴

La conclusión que cabe alcanzar es que perfectamente puede darse una prejudicialidad que afecte a la imparcialidad del órgano, ya que puede haber valorado con anterioridad al proceso principal los extremos que en este se van a juzgar. Sin embargo, la LEC califica esas valoraciones previas de provisionales y confía en “que todos 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”⁷⁵.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 2016. Sección nº1. Rafael Saraza Jimena. Fundamento de Derecho 4º. Roj: STS 1669/2016 - ECLI: ES:TS:2016:1669.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo, de 01 de junio de 2016. Sección nº1. Rafael Saraza Jimena. Fundamento de Derecho 3º. Roj: STS 2594/2016 - ECLI: ES:TS:2016:2594.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 2016. Sección nº1. Rafael Saraza Jimena. Fundamento de Derecho 4º. Roj: STS 1669/2016 - ECLI: ES:TS:2016:1669.

⁷⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; «BOE» núm. 7, de 08/01/2000; BOE-A-2000-323. Exposición de motivos, apartado XVIII, párrafo 8º.

3.1.2.5 ACREDITACIÓN DEL FUMUS BONI IURIS

Conforme al ya citado art. 728.2 LEC el solicitante de la medida cautelar debe presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales del *fumus boni iuris*; y en defecto de justificación documental, el solicitante podrá presentar la prueba a través de medios no documentales que propondrá en el escrito de solicitud.

Existe una preferencia hacia la prueba documental, pero en la ley vigente ya no se recoge el Principio de Prueba por Escrito (principio que no permitía presentar medios de prueba distintos al escrito). Principio que fue aplicado en materia cautelar por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁷⁶, a modo de ejemplo en su art. 1400 requería un documento justificativo de la existencia de la deuda reclamada para poder solicitar el embargo preventivo, y en su art. 1419 requería un documento justificativo del derecho alegado para poder solicitar la intervención judicial de empresas.

El motivo por el que el legislador decidió permitir otros medios de prueba no documentales fue para no limitar el acceso a la tutela cautelar, bastaría con pensar en un caso de responsabilidad extracontractual en el que el solicitante de tutela cautelar no disponga de documentación alguna.

Es evidente que además de alegar el *fumus boni iuris* el solicitante debe acreditarlo; sin embargo, la LEC no establece con claridad el nivel de acreditación que deben exigir los Tribunales.

Si el nivel de acreditación que se exige es bajo, puede no haber una evidencia suficiente de esa apariencia de buen derecho; pero si el nivel de acreditación que se exige es elevado, correríamos el ya mencionado riesgo de que se prejuzgue el fondo del asunto.

La doctrina ha establecido criterios genéricos sobre la intensidad de la acreditación, los cuales se ven reflejados en el AAP A 49/2015⁷⁷:

La acreditación debe “ser proporcionada a la índole, características y, en especial, al alcance de las medidas solicitadas”. De tal manera que “el solicitante debe proporcionar al órgano jurisdiccional elementos bastantes de los que resulte, al menos prima facie, la “verosímil existencia del derecho alegado”, sin perjuicio de relegar al proceso principal la demostración cumplida de su realidad”. En resumen, “se requiere algo más que la mera

⁷⁶ Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil. «Gaceta de Madrid» núm. 36, de 5 de febrero de 1881, páginas 326 a 329 (4 págs.); BOE-A-1881-813.

⁷⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, de 30 de abril de 2015. Sección nº08. Ponente Luis Antonio Soler Pascual. Fundamento de Derecho 3º. Roj: AAP A 49/2015 - ECLI: ES:APA:2015:49A.

alegación del derecho, suficiente, en cambio, para iniciar el proceso de declaración; y algo menos que la certeza rigurosa, necesaria, empero, para la sentencia definitiva”.

En relación a la apreciación del *fumus boni iuris*, no solo se tiene en cuenta la actividad probatoria del solicitante, sino que también se tiene en consideración la contraprueba que pueda llevar a cabo el demandado. En el AAP T 1312/2012⁷⁸ se trata la adopción de medidas cautelares en relación con los derechos de explotación de una película, el solicitante de la medida cautelar había probado su apariencia de buen derecho aportando un título acreditativo de los derechos de explotación de la obra, ahora bien, el demandado aportó otro título acreditativo de los derechos de explotación de la obra, lo que probaba exactamente esa misma apariencia de buen derecho en el demandado. Ante esta situación el Tribunal declara:

“Si bien es cierto que la apariencia de buen derecho podría considerarse acreditada con la documentación aportada por la demandante, no es menos cierto que esa apariencia se desvirtúa cuando la demandada tiene otra documentación que permite concluir lo mismo a su favor. No es admisible que solo deba comprobarse el buen derecho de la solicitante de forma aislada sin entrar a valorar los argumentos y documentos de la demandada puesto que la apariencia de buen derecho de un contrato puede quedar desvirtuada con la aportación de otro contrato. La solicitante debe acreditar su título, pero la validez o corrección de ese título decae cuando la demandada lo desvirtúa con otro semejante. La posibilidad de que la demandada, como actora reconvenzional en defensa de su derecho, solicite similar medida cautelar a su favor, no impide valorar las razones que alegue para que se deniegue la medida solicitada y la documentación que aporte para justificar su derecho, como forma de desacreditar la apariencia de buen derecho de la solicitante y de desvirtuar el peligro de mora procesal”⁷⁹.

Es interesante concluir este apartado diciendo que, en la práctica jurídica es preferible acreditar en exceso a quedarse corto, ya que una falta de acreditación conlleva que el Tribunal no pueda apreciar el *fumus boni iuris* y un exceso de acreditación no tiene mayor problemática que esa ya comentada prejudicialidad de facto.

⁷⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 08 de octubre de 2012. Sección nº01. Ponente María del Pilar Aguilar Vallino. Fundamento de Derecho 1º. Roj: AAP T 1312/2012 - ECLI: ES:APT:2012:1312A.

⁷⁹ EZEQUIEL OSORIO ACOSTA: *Las medidas cautelares en el proceso civil español*. Op. Cit. Pág.: 70.

3.2 PRESUPUESTO PARA PODER EJECUTAR LAS MEDIDAS ACORDADAS.

La constitución de la caución, según viene reconociendo la doctrina⁸⁰, es más un presupuesto de ejecución de la medida cautelar que un presupuesto de adopción. De hecho, el art. 735.2 LEC declara que el auto que acuerda las medidas cautelares establece “la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse caución por el solicitante”, de tal manera que este auto acuerda la medida cautelar con anterioridad a que se haya prestado la caución; aunque con posterioridad a su ofrecimiento. Y solo una vez que se haya prestado la caución se puede ejecutar la medida cautelar (arts. 737 y 738 LEC).

Siendo puristas, cabría decir que el ofrecimiento de la caución constituye un presupuesto para la adopción de las medidas cautelares y la prestación de la caución constituye un presupuesto para la ejecución de las medidas cautelares previamente acordadas.

3.2.1 CAUCIÓN

Citando a la AAP M 16647/2012⁸¹, “con el término caución, en sentido amplio, se designa cualquier garantía de contenido económico constituida para asegurar una obligación pecuniaria. Atendiendo al origen y función concretas de esta prestación y al sujeto eventualmente responsable de su cumplimiento, la caución puede, sin merma de sus caracteres objetivos, desempeñar distintas finalidades.”

Esta matización básica aludiendo a los distintos tipos de caución puede parecer banal, pero en la práctica jurisprudencial pueden apreciarse aclaraciones que aluden a un tipo de caución, que, de descontextualizarse, pueden inducir al lector a error. En este apartado vamos a tratar la caución (art. 728.3 LEC) que constituye uno de los tres presupuestos exigibles para la interposición de una medida cautelar; distinta de la caución sustitutoria regulada por los arts. 746 y 747 LEC.

3.2.1.1 CONCEPTO

La LEC establece la exigencia de prestar caución por parte del solicitante beneficiario de la medida cautelar, para que, en el caso de que el proceso principal desestime la pretensión del solicitante, resultando la medida cautelar adoptada infundada, el demandante pueda

⁸⁰ RAFAEL BELLIDO PENADÉS (2014): “Las medidas cautelares en el proceso civil sobre defensa de la competencia”, *Revista General de Derecho Procesal* 33. España. Iustel. Pág.: 15.

⁸¹ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 09 de octubre de 2012. Sección nº10. Ponente Ángel Vicente Illescas Rus. Razonamiento Jurídico 11º. Roj: AAP M 16647/2012 - ECLI: ES:APM:2012:16647A.

“responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado” (art. 728.3 LEC).

Dentro del proceso dedicado a la caución, existen dos momentos diferenciados; en primer lugar, hablaremos del ofrecimiento y cuantificación de la caución, y solo después de que el Tribunal se pronuncie en auto favorable a la adopción de medidas cautelares, tendrá lugar la constitución o prestación de la misma.

La LEC establece casos de dispensa de la prestación de caución, esto convierte a la caución en un presupuesto menos genérico que el *periculum in mora* y que el *fumus boni iuris*, los cuales tienen una exigibilidad generalizada.

3.2.1.2 OFRECIMIENTO, CUANTIFICACIÓN Y FORMA DE LA CAUCIÓN

En el escrito de solicitud de las medidas cautelares el solicitante debe ofrecer “la prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituir y con justificación del importe que se propone” (732.3 LEC).

El hecho de que el solicitante de la medida cautelar tenga que ofrecer una caución se interpreta como una declaración implícita del solicitante de que está dispuesto a responder por los daños y perjuicios que la medida cautelar pueda ocasionar (en el caso de que la medida adoptada fuese improcedente). Lógicamente, el solicitante de la medida cautelar es responsable del daño que cause porque también es el beneficiario de esta, además, la LEC declara expresamente la responsabilidad del solicitante en el art. 721.1 LEC.

El art. 728.3.II LEC establece que será el Tribunal el que determine la caución, “atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice (...) sobre el fundamento de la solicitud de la medida”; además, ese mismo precepto establece que la caución debe ser “suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado”.

La jurisprudencia del TC en la STC 202/1987⁸² y en la STC 45/2002⁸³ declara que frente al interés de la parte solicitante de la medida cautelar existe un interés contrapuesto. De tal

⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional 202/1987, de 17 de diciembre. Ponente Carlos de la Vega Benayas. Fundamento Jurídico 5º. BOE núm. 7, de 08 de enero de 1988; ECLI:ES:TC:1987:202.

⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2002, de 25 de febrero. Ponente Elisa Pérez Vera. Fundamento Jurídico 4º. BOE núm. 80, de 03 de abril de 2002; ECLI:ES:TC:2002:45.

manera que, si el interés del solicitante se satisface con la adopción de la medida cautelar, el interés del demandado se garantiza a través de la caución, que el Juez establecerá en función del perjuicio económico que la medida cautelar pueda producir al demandado. Es una clara manifestación del Principio de Contradicción Procesal y Material.

Por tanto, la cuantificación de la “caución a exigir no depende solamente del alcance económico de la medida cautelar, de suerte que sea el importe económico de la caución igual al gravamen que la medida supone en el patrimonio del demandado” (AAP CS 253/2018⁸⁴).

Es cierto que la cuantía de la caución se establece en atención de los daños y perjuicios que la medida cautelar pueda causar al demandado; sin embargo, la cuantificación previa de estos daños y perjuicios potenciales es complicada. Precisamente por eso es recomendable aportar datos objetivos que fundamenten la valoración, datos como beneficios medios de una empresa del mismo sector, intereses que se pagan por un tipo de operación, cuantificación de gastos de mantenimiento por no poder vender un inmueble...

Y junto a la propuesta justificada de cuantificación que haga el solicitante, el Tribunal cuantificará considerando esos datos, las alegaciones que haga el perjudicado y la valoración realizada del *fumus boni iuris*.

Que el Tribunal tenga en cuenta la valoración del *fumus boni iuris* según PÉREZ DAUDÍ⁸⁵ va en contra de la finalidad de la caución, ya que la valoración del *fumus boni iuris* es un juicio previo, y al admitir la solución a la controversia planteada en la apreciación del *fumus boni iuris* afirma que se puede estar prejuzgando el fondo del asunto. En definitiva, PÉREZ DAUDÍ viene a expresar que lo correcto sería exigir que se den los presupuestos *periculum in mora* y *fumus boni iuris* sin entrar a valorarlos, basando la caución únicamente en el daño que pueda causar en el patrimonio del demandado.

En definitiva, tal y como declara el AAP B 5074/2018⁸⁶:

“La caución se establece como un mecanismo que afianza los hipotéticos daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar en el patrimonio del demandado. Acto seguido, la LEC establece que la naturaleza y contenido de la

⁸⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, de 24 de octubre de 2018. Sección nº03. Ponente Adela Bardón Martínez. Fundamento de Derecho 2º. Roj: AAP CS 253/2018 - ECLI: ES:APCS:2018:253A.

⁸⁵ VICENTE PÉREZ DAUDÍ: *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Op. Cit. Págs.: 119-126.

⁸⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de julio de 2018. Sección nº4. Ponente Jordi Lluís Forgas Folch. Razonamiento Jurídico 3º. Roj: AAP B 5074/2018 - ECLI: ES:APB:2018:5074A.

pretensión, así como la valoración el *fumus boni iuris*, resultan parámetros a tener en consideración para ello”.

En lo referente a la forma en la que se puede otorgar la caución el art. 728.3 LEC se remite al art. 529.3 LEC que establece que:

“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”.

En definitiva, el legislador limita las formas de prestar caución a aquellas que puedan responder de manera rápida y efectiva, por eso destaca la constitución de la caución en dinero efectivo y la utilización de avales garantizados por entidades solventes.

De lo hasta ahora expuesto acerca de la caución, podemos determinar que conforme a la LEC el solicitante deberá ofrecerla en el escrito de solicitud de adopción de las medidas cautelares; además, en ese ofrecimiento deberá expresar la forma y la cuantía de la caución. Y con posterioridad a este ofrecimiento será el Tribunal el que determine la forma y la cuantía de la caución a prestar, pudiendo diferir de lo propuesto por el solicitante.

3.2.1.3 OMISIÓN DEL OFRECIMIENTO DE CAUCIÓN

La jurisprudencia considera erróneas formulas genéricas de ofrecimiento, tales como “se ofrece prestar caución que fije su Señoría” (AAP M 7647/2010⁸⁷).

En la práctica jurídica no han sido pocas las veces que el solicitante de la medida cautelar ha omitido el ofrecimiento de caución en su escrito de solicitud. La cuestión es que los Tribunales (actualmente no existe ningún pronunciamiento del TS marcando un criterio u otro) han optado por distintas soluciones a este respecto, existen múltiples criterios.

El criterio más rígido que podemos encontrar establece que tanto la omisión del ofrecimiento de caución como la omisión de la especificación de la forma y cuantía de la caución son insubsanables. A este respecto se pronuncia el AAP MA 188/2019⁸⁸ declarando que:

⁸⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de abril de 2010. Sección nº28. Ponente Enrique García García. Razonamiento Jurídico 2º. Roj: AAP M 7647/2010 - ECLI: ES:APM:2010:7647A.

⁸⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, de 27 de diciembre de 2019. Sección nº05. Ponente María Pilar Ramírez Balboto. Fundamento de Derecho 3º. Roj: AAP MA 188/2019 - ECLI: ES:APMA:2019:188A.

“Como tiene establecido también con reiteración esta Sala, en autos de fecha 23 de abril de 2007 y 27 de mayo de 2007 , entre otras, así como otras Secciones de esta Audiencia Provincial, como la de la Sección Décima, de 24 de octubre de 2002, que cita la propia parte apelante, las de 11 de noviembre de 2005 y 22 de marzo de 2004, de la Sección Decimonovena, así como la de 3 de noviembre de 2006, de la Sección Undécima...el ofrecimiento de caución con especificación de qué tipo o tipos se ofrece y con justificación del importe que se propone por la parte solicitante de la medida cautelar, constituyen requisito esencial de la solicitud de medidas cautelares, atendido lo dispuesto en los artículos 732, apartados 1 y 3, y 728.3, ambos de la Ley 1/2000, de siete de enero, de Enjuiciamiento Civil. Ello es así porque la parte contraria podrá oponer todo aquello que tenga por conveniente, tanto en orden a la procedencia de la medida solicitada, como en cuanto al tipo o tipos de caución que se ofrecen, y el importe que se propone, y ello con la finalidad de que el Tribunal de instancia, oídas ambas partes, pueda resolver sobre la procedencia de la medida, y en su caso fijar caución , atendida la naturaleza y contenido de la pretensión que se actúa”.

Por tanto, no se trata de un mero requisito de forma susceptible de sanación, sino de índole material, cuya ausencia no puede ser subsanada, y debió haber dado lugar al rechazo de la pretensión, sin necesidad del señalamiento de vista, pues, de otro modo, se estaría vulnerando el principio de contradicción, ya que la otra parte no puede defenderse de la misma con la debida eficacia en la vista para audiencia de las partes, y poco puede oponer frente a la caución, que habría de ser necesariamente fijada para atender de manera rápida y eficaz de los eventuales perjuicios que la medida cautelar pudiere causar en su patrimonio”.

El criterio intermedio⁸⁹ que podemos encontrar considera que la omisión del ofrecimiento de caución es insubsanable; sin embargo, considera que la omisión de la especificación de la forma y cuantía de la caución es subsanable. Reflejo de esto es lo declarado en el AAP M 1900/2002⁹⁰:

“La omisión de este ofrecimiento constituye pues la falta de un presupuesto para su adopción siendo un claro indicio de la ausencia de la voluntad de cumplir con uno

⁸⁹ JOSE MARÍA REGADERA (2005): “*Propuestas de mejora del procedimiento para la adopción de medidas cautelares en el proceso civil*”, en la obra colectiva *Análisis Crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil: propuestas de mejora. Manual de Formación Continuada n.º 29*. CGPJ. Págs.: 136 y 137.

⁹⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de octubre de 2002. Sección nº10. Ponente José González Olleros. Fundamento de Derecho 3º. Roj: AAP M 1900/2002 - ECLI: ES:APM:2002:1900A.

de los requisitos de las medidas cautelares que una vez más conduce necesariamente a la desestimación del recurso. Y no puede subsanarse la falta de dicho ofrecimiento por la vía del art 231 de la LEC. porque una cosa es la falta de concreción de la cualidad y cuantía de la fianza y otra la absoluta falta de ofrecimiento que, como dice la Juzgadora de instancia ni siquiera en el acto de la vista se solventó, falta de ofrecimiento que constituye un defecto insubsanable.”

En la misma línea se pronuncia el AAP BI 2080/2019⁹¹:

“Criterio que deniega la posibilidad de subsanación que es seguido también en AAP de Pontevedra Se. 1ª de 28 de junio de 2006 - en este caso distinguiendo entre la omisión absoluta del ofrecimiento, que no es susceptible de sanación en la medida que constituye un requisito de forma "ad solemnitatem", y el ofrecimiento defectuoso (ofrecimiento de caución sin especificar de qué clase o cuantía), que desde el momento en que sí existe, puede ser subsanado, requiriendo en todo caso el cumplimiento de los requisitos en el artículo 231 LEC - que esta Sala, aun cuando no desconoce la existencia de controversia al respecto, comparte por las razones que han quedado expuestas...”.

Y el criterio más flexible considera que tanto la omisión del ofrecimiento de caución como la omisión de la especificación de la forma y cuantía de la caución son subsanables. Ejemplo de ello es que en el AAP M 507/2014⁹² que después de calificar el ofrecimiento de caución como un presupuesto para la concesión de la medida y no como un mero requisito de ejecutabilidad, matiza:

“Ahora bien, este tribunal (autos de esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid fechados a 21 de diciembre de 2006 , 25 de octubre de 2007 , 18 de junio de 2008 , 9 de abril de 2010, 29 de abril de 2010, 17 de junio de 2013 y 10 de octubre de 2014) mantiene, frente a criterios mucho más rígidos que pueden encontrarse en la denominada jurisprudencia menor, una postura flexible en este aspecto, pues venimos sosteniendo que, al amparo de los artículos 231 y 424 de la LEC, incluso cabría permitir, a instancia del interesado en ello, la subsanación de este defecto en el acto de la vista de la primera instancia, para lo que sería preciso que así se solicitase durante la misma y se diese contenido a la totalidad de los requisitos previstos en la

⁹¹ Auto de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 06 de noviembre de 2019. Sección nº05. Ponente María Magdalena García Larragan. Razonamiento Jurídico 2º. Roj: AAP BI 2080/2019 - ECLI: ES:APBI:2019:2080A.

⁹² Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de diciembre de 2014. Sección nº28. Ponente Enrique García García. Razonamiento Jurídico 3º. Roj: AAP M 507/2014 - ECLI: ES:APM:2014:507A.

ley, expresando entonces, si no se había hecho antes, la naturaleza y cuantía de la caución que se ofrecía constituir...”.

En este último auto se establece un límite temporal para la subsanación de la omisión del ofrecimiento de caución:

“...El defecto sería subsanable, pero debería ser subsanado, como momento límite, en el turno del que dispone la parte solicitante durante la vista que convoca el juzgado (artículo 734 de la LEC) para dar audiencia a las partes sobre la procedencia de las medidas. De lo contrario, el óbice procesal resultaría ya insalvable y fatal para las posibilidades de prosperar de la solicitud cautelar”.

Aunque existen diversas posiciones respecto a la posible subsanabilidad de la omisión del ofrecimiento de caución, de todas las sentencias se deduce que lo correcto es ofrecer caución en forma y cuantía determinada, y debidamente justificada.

3.2.1.4 LA CAUCIÓN EN LA JUSTICIA GRATUITA

Puede darse la situación en la que debido a la incapacidad económica del solicitante de la medida cautelar este no pueda prestar caución y, por tanto, es interesante valorar su exigibilidad cuando el solicitante tiene concedida la asistencia jurídica gratuita.

Debemos empezar acudiendo a la LEC y a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita⁹³, las cuales no recogen ninguna exención a prestar la caución a los beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

A este respecto se ha pronunciado PÉREZ DAUDÍ⁹⁴ descartando la aplicación analógica del art. 6.5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que exime “del pago de tasas judiciales, así como del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos”, pero en ningún caso exime de prestar caución.

PÉREZ DAUDÍ argumenta que de eximirse del pago de la caución se crearía un doble perjuicio. Por un lado, desvirtuaría la protección del ordenamiento jurídico frente a posibles abusos, ya que no evitaría que se concediera la medida cautelar a quién sabe que la medida cautelar que solicita carece de fundamento. Y, por otro lado, se desvirtuaría la idea de

⁹³ Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita; «BOE» núm. 11, de 12/01/1996; BOE-A-1996-750.

⁹⁴VICENTE PÉREZ DAUDÍ (2014): “La asistencia jurídica gratuita y las medidas cautelares en el proceso civil”, *Diario La Ley*, N.º 8420, *Sección Tribuna. La Ley*. Ref. D-378. Pág.: 2.

contramedida que tiene la caución, ya que tiene una finalidad aseguradora de la indemnización por daños y perjuicios que pueda corresponder al perjudicado.

La cuestión tiene un trato bien definido por la jurisprudencia del TC, existen dos pronunciamientos en la misma línea, en ambos casos se trata de un beneficiario de asistencia jurídica gratuita que alega privación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) debido a la exigencia de prestar caución en relación a una anotación preventiva de demanda. La STC 45/2002⁹⁵ reitera a la STC 202/1987⁹⁶ al declarar:

“En relación con este extremo cabe señalar que el goce del derecho a la asistencia jurídica gratuita no tiene forzosamente que producir el efecto de exonerar a su titular de la obligación de prestar las fianzas que le sean exigibles en el ámbito del proceso civil. En la STC 202/1987, de 17 de diciembre, tuvimos ocasión de declarar que la fianza exigida por los órganos judiciales a un demandante al que se había reconocido el derecho a la justicia gratuita, como condición previa para acordar la anotación en el Registro de la Propiedad de su demanda civil, no vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva, pues la adopción de esta medida cautelar es susceptible de originar unos daños y perjuicios en el demandado, en atención a los cuales la ley admite que pueda condicionarse, exigiendo la oportuna caución de quien la solicite (art. 139 RH).”

Esta doctrina jurisprudencial es plenamente aplicada por la jurisprudencia menor, reflejo de ello es lo dispuesto el RJ 3º del AAP TO 329/2017:

“En este caso y en cuanto este motivo de recurso último de la caución no existe ofrecimiento alguno en este caso y ello no es por cuestión de error u omisión, sino porque la parte considera que no le es aplicable a ella tal exigencia por litigar con justicia gratuita, estableciendo el precepto citado que la caución es obligatoria salvo que la Ley disponga otra cosa. Esta salvedad no se integra en el caso de que el solicitante tenga reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita pues el art 6 de la Ley 1/96 de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita no exime de la prestación de cauciones para la adopción de medidas cautelares dentro de los beneficios que confiere dicha asistencia.

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2002, de 25 de febrero. Ponente Elisa Pérez Vera. Fundamento Jurídico 4º. BOE núm. 80, de 03 de abril de 2002; ECLI:ES:TC:2002:45.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 202/1987, de 17 de diciembre. Ponente Carlos de la Vega Benayas. Fundamento Jurídico 5º. BOE núm. 7, de 08 de enero de 1988; ECLI:ES:TC:1987:202.

De otro lado ya ha determinado el Tribunal Constitucional que la denegación de una medida cautelar por incumplimiento de caución no viola el derecho a la tutela judicial efectiva y ello ya desde hace tiempo en la STC 202/87”⁹⁷.

De todo esto podemos concluir que la obligación de prestar caución no decae por el hecho de ser beneficiario de asistencia jurídica gratuita; es más, de cara a la cuantificación de la caución la asistencia jurídica gratuita es irrelevante, ya que la caución se cuantifica atendiendo a los daños y perjuicios que la medida cautelar pueda causar al demandado.

3.2.1.5 CASOS DE DISPENSA DE PRESTAR CAUCIÓN

Siguiendo el tenor literal del art. 728.3 LEC “salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución...”. *Sensu contrario*, el solicitante no siempre estará obligado a prestar caución, pero esta dispensa de prestar caución puede darse de dos maneras, la primera sería una dispensa automática de prestar caución y la segunda y más habitual es una posible dispensa de prestar caución según la consideración del Tribunal competente. A este respecto, la legislación vigente establece excepciones en los siguientes casos:

- El Tribunal puede dispensar la prestación de caución, atendidas las circunstancias, entidad económica y repercusión social de los intereses afectados, en los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de consumidores y usuarios (art. 728.3.IV LEC).
- Conforme al art. 21.5 de la Ley de Propiedad Horizontal⁹⁸, relativo al embargo preventivo de bienes del deudor (para cubrir la cantidad reclamada, intereses y costas) que se oponga a la petición inicial del proceso monitorio, “el tribunal acordará, en todo caso, el embargo preventivo sin necesidad de que el acreedor preste caución”. En este caso es automática la exención de la caución.
- De manera potestativa, en los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad el Tribunal podrá no exigir la caución al solicitante de la medida cautelar (art. 768.3.III LEC).

⁹⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Toledo, de 07 de noviembre de 2017. Sección nº1. Ponente Gema Adoracion Ocariz Azaustre. Razonamiento Jurídico 3º. Roj: AAP TO 329/2017 - ECLI: ES:APTO:2017:329A.

⁹⁸ Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal; «BOE» núm. 176, de 23/07/1960; BOE-A-1960-10906. Art. 21.5, versión vigente conforme a la última modificación publicada el 05/03/2019.

- No será exigible caución para la adopción de la medida cautelar de embargo preventivo, llevada a cabo en el transcurso del juicio cambiario, de conformidad con lo dispuesto en el art. 821.2.II LEC.
- El embargo de garantía del art. 700.II LEC, consistente en “el embargo de bienes del ejecutado en cantidad suficiente para asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones sustitutorias y las costas de la ejecución” que estén establecidas en sentencia condenatoria, no requiere que el solicitante preste caución.
- Por último, el art. 12 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas⁹⁹ exime de prestar caución al “Estado y sus Organismos autónomos, así como las entidades públicas empresariales, los Organismos públicos regulados por su normativa específica dependientes de ambos y los órganos constitucionales”.

⁹⁹ Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas; «BOE» núm. 285, de 28/11/1997; BOE-A-1997-25338. Art. 12.

4 PRESUPUESTOS ESPECÍFICOS PARA CASOS CONCRETOS

4.1 PRESUPUESTO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES CON POSTERIORIDAD A LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA O DURANTE LA PENDENCIA DE UN RECURSO

El art. 730.4 LEC se pronuncia en una línea muy similar al art. 728.1.II LEC (anteriormente analizado en el subapartado 3.1.1.4), de tal manera que el art. 730.4 LEC establece que “con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso sólo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos”.

Este artículo es una manifestación de la doctrina de los actos propios regida por la locución latina *nemo potest contra proprium actum venire*, de tal manera que, si se solicita la adopción de medidas cautelares en un momento posterior a la presentación de la demanda inicial, aparece un nuevo presupuesto para la adopción de las medidas cautelares. Este presupuesto consiste en la exigencia de acreditación de los hechos sobrevenidos que justifican la adopción de la medida cautelar.

La exigencia de este presupuesto queda patente en el Auto del TS 1949/2020, el cual declara:

“Conviene, no obstante, recordar el carácter restrictivo que se ha conferido a la adopción de medidas cautelares solicitadas durante la pendencia del recurso (art. 730.4 LEC), que impone a la parte la acreditación de hechos sobrevenidos en tal momento, que las justifiquen y que no existieran en el momento inicial del proceso, sobre los que hubiera podido postular una medida cautelar en el momento ordinario, es decir con la formulación de la demanda”

Acto seguido, el Alto Tribunal pone en relación este requisito recordando el contenido del art. 728.1 LEC *in fine* “No se acordarán medidas cautelares cuando 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”.

En este caso concreto el TS hace gala del carácter restrictivo del art. 730.4 LEC, ya que considera que “procede denegar la solicitud de medidas cautelares formulada, por cuanto no se justifica adecuadamente que las circunstancias que sustentan la solicitud sean

esencialmente distintas de las que existían ya a la fecha de interposición de la demanda y durante toda la tramitación del procedimiento”.

4.2 MEDIDAS CAUTELARES *INAUDITA PARTE*

4.2.1 *PRESUPUESTO ADICIONAL: URGENCIA CUALIFICADA O EVITAR LA FRUSTRACIÓN DE LA MEDIDA*

Las medidas cautelares como norma general se adoptan después de la audiencia del demandado (art. 733.1 LEC), sin embargo, se puede prescindir de la audiencia previa del demandado si el solicitante acredita “que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar” (art. 733.2 LEC), este tipo de medidas son las conocidas como medidas cautelares *inaudita parte*. Las medidas *inaudita parte* pueden solicitarse antes de presentar la demanda (medidas *ante causam*) o simultáneamente al momento de presentar la demanda (situación en la que se deberá resolver sobre la adopción de las medidas cautelares antes de dar traslado al demandado).

Del art. 733.2 LEC se puede deducir la existencia de un presupuesto a mayores de los establecidos en el art. 728 LEC. Para apreciar ese presupuesto basta con que se dé, alternativamente, una situación de las dos que contempla el art. 733.2 LEC:

- a) Urgencia cualificada: De manera que, de no tutelarse el derecho con inmediatez, tendría lugar una insatisfacción definitiva e irreversible del mismo, aunque la sentencia del proceso principal fuese estimatoria.
- b) Peligro de ineficacia de la medida, derivado de la audiencia previa al demandado: En este caso se pretende evitar que el demandado pueda actuar imposibilitando la tutela cautelar, en este caso la adopción de una medida cautelar *inaudita parte* es una forma de mantener el factor sorpresa.

A modo de ejemplo, encuentro interesante el muy reciente ATS 2971/2020¹⁰⁰ en el que se trata la solicitud de una anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad.

En los antecedentes de hecho se expone que un matrimonio francés, propietario de un inmueble sito en la Comunidad de Propietarios Residencial solicitante, realizó una obra improcedente en una zona comunitaria (elevo el pavimento de una plaza de aparcamiento).

¹⁰⁰ Auto del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 2020. Sección nº1. Ponente Juan María Díaz Fraile. Roj: Roj: ATS 2971/2020 - ECLI: ES:TS:2020:2971A.

Ante esta situación la Comunidad de Propietarios obtuvo reconocimiento de su pretensión (consistente en reponer la plaza de aparcamiento a su estado original, derruyendo la obra) en primera instancia, reconocimiento que fue confirmado en la Audiencia Provincial de Murcia.

La Comunidad de Propietarios solicita una medida cautelar inaudita parte consistente en la anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad (art. 727.5 LEC).

El Tribunal aprecia el *periculum in mora*, ya que según la documentación aportada por la Comunidad demandante queda acreditado, de forma indiciaria, que la vivienda ha sido puesta a la venta con posterioridad a la sentencia de segunda instancia (en caso de que el comprador de la vivienda sea un tercero de buena fe podría dificultar enormemente la ejecución de la sentencia).

El Tribunal aprecia la concurrencia del *fumus boni iuris* en base a las sentencias presentadas, las cuales otorgan esa apariencia de buen derecho a la pretensión del solicitante.

El Tribunal considera adecuada la solicitud de la adopción de medidas cautelares con posterioridad a la presentación de la demanda (art. 730.4 LEC), dado que las circunstancias que acreditan el intento de venta del inmueble han aparecido con posterioridad a la interposición de la demanda.

El Tribunal considera insuficiente la caución ofrecida y determina una cuantía superior, en atención al riesgo real de los daños y perjuicios que pueden causar al demandado. Más concretamente, la solicitante ofreció cuantía de 150 € que corresponde al coste de la cancelación registral de la anotación preventiva de demanda, pero no consideraba los daños que de la anotación preventiva pudieran irrogarse, tales como la frustración de la venta de la vivienda o la minoración de su precio. Motivo por el que el Tribunal opta por elevar la cuantía de la caución a 1500 €.

Y, por último, el Tribunal considera procedente la medida *inaudita parte*, la cual “se justifica por la necesidad de garantizar con carácter urgente la publicidad de la demanda, puesto que la vivienda ya ha sido puesta a la venta, y concurren, además, elementos adicionales que impiden la celebración de la vista en un plazo razonable, teniendo en cuenta que los demandados, de nacionalidad francesa, pueden encontrarse fuera del territorio nacional y las circunstancias del estado de alarma declarado por el RD 463/2020, de 14 de marzo”.

Es decir, aprecia la urgencia cualificada necesaria para que proceda establecer la medida cautelar sin audiencia previa del demandante.

4.2.2 POSIBLE APRECIACIÓN VICIADA DEL FUMUS BONI IURIS

La adopción de este tipo de medidas *inaudita parte* son un supuesto de carácter excepcional, ya que posponen la contradicción de la audiencia con el demandado.

Dentro de su excepcionalidad he detectado una problemática singular relativa a la apreciación viciada del *fumus boni iuris*, tal y como he expuesto en el subapartado 3.1.2.5 de este mismo trabajo la apreciación del *fumus boni iuris* puede ser rebatida por una contraprueba. El ejemplo jurisprudencial que presentaba era claro (AAP T 1312/2012), básicamente consistía en que el documento a partir del cual se podía apreciar el *fumus boni iuris* del solicitante, resultaba inútil al presentar el demandante un documento acreditativo del mismo derecho (solo que a favor del demandado y no del demandante). De tal forma que el Tribunal no podía apreciar la apariencia de buen derecho del solicitante; la cual hubiese apreciado de no haber presentado el demandado aquel documento a modo de contraprueba.

El problema o vicio se presenta cuando a la hora de apreciar el *fumus boni iuris* el demandado no puede alegar su contraprueba, la cual tendrá que ser alegada una vez ya haya sido interpuesta la medida cautelar *inaudita parte* y le haya sido notificado el auto al demandado.

El demandado podrá oponer demanda de oposición (art. 739 LEC) a la medida cautelar adoptada *inaudita parte* en el plazo de veinte días a contar desde la notificación del auto que acuerde las citadas medidas cautelares.

Este caso de contraprueba en diferido queda patente en el AAP B 1361/2019¹⁰¹, en el que, dentro de un contexto de conflicto de patentes, la mercantil farmacéutica MUNDIPHARMA solicitó la adopción de medidas cautelares *inaudita parte* contra los medicamentos genéricos que comercializaba la mercantil farmacéutica SANDOZ, alegando que los genéricos infringían la patente EP`825 y una situación de urgencia cualificada.

Las medidas cautelares fueron adoptadas *inaudita parte* y prohibieron a SANDOZ la fabricación y comercialización de los medicamentos cuestionados.

Este auto nos muestra como con posterioridad a la adopción de las medidas cautelares el demandado pudo presentar sus alegaciones, entre las que incluía a modo de contraprueba evidencias y justificaciones que determinaban la nulidad de la patente EP`825. Una

¹⁰¹ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de abril de 2018. Sección nº15. Ponente José María Fernández Seijo. Roj: AAP B 1361/2018 - ECLI: ES:APB:2018:1361A.

contraprueba que hizo concluir al Tribunal la inexistencia del *fumus boni iuris* y la improcedencia de las medidas cautelares que habían sido adoptadas sin previa audiencia del demandado.

4.2.3 LOS ESCRITOS PREVENTIVOS (PROTECTIVE LETTERS)

En relación con el apartado anterior y la imposibilidad del demandado de hacer alegaciones con anterioridad a la adopción de medidas *inaudita parte*, existe una herramienta jurídica exclusiva del ámbito específico de las medidas cautelares sobre materia de patentes.

Es interesante hablar de esta herramienta jurídica pensada precisamente para que un eventual demandado pueda alegar *ex ante* anticipándose y evitando la adopción de medidas cautelares *inaudita parte* en su contra.

Este mecanismo procesal tiene su origen en Alemania donde se le conoce como “Schutzschrift”¹⁰², en España está regulado en el art. 132 de la Ley de Patentes¹⁰³ que establece:

“1. La persona que prevea la interposición de una solicitud de medidas cautelares sin audiencia previa en su contra, podrá comparecer en legal forma ante el órgano o los órganos judiciales que considere competentes para conocer de dichas posibles medidas y justificar su posición mediante un escrito preventivo.

El Juez o Tribunal acordará la formación de un procedimiento de medidas cautelares que notificará al titular de la patente y, si en el plazo de tres meses las medidas cautelares fueran presentadas, aquél podrá dar al procedimiento el curso previsto en los artículos 733.1 y 734.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que ello sea obstáculo a la posibilidad de acordarlas sin más trámite mediante auto en los términos y plazos del artículo 733.2 de dicha Ley.

2. El titular que considere que el Juez o Tribunal ante el que se presentó el escrito preventivo no es el competente, podrá presentar su solicitud de medidas cautelares ante aquél que entiende realmente competente, debiendo hacer constar en su solicitud la

¹⁰² ÁNGEL GARCÍA VIDAL (2014): “Las protective letters en materia de patentes: situación en los tribunales españoles?”. Santiago de Compostela. Gómez-Acebo & Pombo. Pág.: 1.

¹⁰³ Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes; «BOE» núm. 177, de 25/07/2015; BOE-A-2015-8328.

existencia del escrito preventivo y el órgano judicial ante el que éste se hubiere presentado”.

Es necesario que la persona o entidad que presenta el escrito preventivo identifique al posible demandante de una manera clara y tenga indicios de que le podría demandar (estos indicios acostumbran a existir a causa de la relación extrajudicial entre las partes, generalmente hay requerimientos previos o negociaciones fallidas).

Analizando la jurisprudencia podemos observar que los escritos preventivos también se admiten en casos de Propiedad Intelectual, pero se aplica el ya citado precepto de la Ley de Patentes (ya que hoy por hoy es la única norma española que los regula).

Ejemplo de esto es el escrito preventivo que promovió el grupo audiovisual ATRESMEDIA en el Juzgado de lo Mercantil nº 08 de Barcelona frente al grupo holandés MC& (AJM B 4/2020¹⁰⁴).

ATRESMEDIA fundamenta “jurídicamente su solicitud de escrito preventivo en la eventualidad de que la compañía MC& interponga en su contra una demanda de medidas cautelares *inaudita parte*”, hipotética demanda relativa a los derechos de Propiedad Intelectual de la prueba final “El Rosco” del conocido programa televisivo PASAPALABRA.

La sentencia considera que el escrito refleja un temor razonable por parte de ATRESMEDIA a ser sujeto pasivo de medidas cautelares *inaudita parte* ya que “unos hechos sustancialmente idénticos a los que habrían de servir de fundamento a aquéllas ya han sido objeto de un previo proceso judicial, largo y complejo, que fue finalmente resuelto por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo”. Proceso anterior a raíz del cual MEDIASET ESPAÑA perdió el contrato de licencia sobre “El Rosco” y, en consecuencia, Tele 5 dejó de emitir PASAPALABRA.

Finalmente, el Tribunal admitió el escrito preventivo de ATRESMEDIA y notificó este extremo al potencial solicitante de medidas cautelares *inaudita parte*, MC&.

¹⁰⁴ Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, de 25 de febrero de 2020. Sección nº08. Ponente Roberto Niño Estébanez. Roj: AJM B 4/2020 - ECLI: ES:JMB:2020:4A.

4.3 LOS PRESUPUESTOS REFORZADOS POR LA LEY DE SECRETOS EMPRESARIALES

EL art. 22 de la Ley de Secretos Empresariales¹⁰⁵ declara en relación a las medidas cautelares que afectan a la defensa de secretos empresariales que:

“Al verificar la concurrencia de los presupuestos generales de las medidas cautelares, el tribunal habrá de examinar especialmente las circunstancias específicas del caso y su proporcionalidad teniendo en cuenta el valor y otras características del secreto empresarial, las medidas adoptadas para protegerlo, el comportamiento de la parte contraria en su obtención, utilización o revelación, las consecuencias de su utilización o revelación ilícitas, los intereses legítimos de las partes y las consecuencias para estas de la adopción o de la falta de adopción de las medidas, los intereses legítimos de terceros, el interés público y la necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales”.

Actualmente, no abunda la jurisprudencia publicada en el CENDOJ en la que se aplique este precepto, probablemente por lo reciente de esta norma (enero del 2019) y la muchas veces excesiva duración de los procesos relativos al secreto empresarial.

A mi parecer, este precepto podría dar pie a la exigencia de:

- Un *fumus boni iuris* reforzado: Pues la acreditación de la apariencia de buen derecho deberá ser más pormenorizada, llevando a cabo un análisis exhaustivo de los intereses en juego, eso incluye tanto los intereses de las partes, como los intereses de terceros y el interés público.
- Un juicio de razonabilidad reforzado: La ponderación de beneficios que puede obtener el solicitante frente a los perjuicios que la medida cautelar puede causar al demandado tomará más fuerza en su aplicación, pudiendo llevar a los Tribunales a ser más restrictivos a la hora de considerar proporcionadas las medidas cautelares.

También es fácil imaginar que este tipo de medidas cautelares vayan a requerir una caución elevada, no a consecuencia del citado precepto, pues no afecta a las normas de cuantificación de la caución; sino a consecuencia de la naturaleza característica del secreto empresarial cuya vulneración puede dar lugar a una enorme responsabilidad patrimonial.

¹⁰⁵ Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales; «BOE» núm. 45, de 21 de febrero de 2019, páginas 16713 a 16727 (15 págs.); BOE-A-2019-2364.

CONCLUSIONES

- I. En lo referente a la cuestión de la naturaleza jurídica del proceso cautelar existen todavía divergencias doctrinales, y es interesante la poca relevancia práctica del debate, ya que el hecho de que el legislador haya evitado pronunciarse acerca de la naturaleza del proceso cautelar no ha perjudicado la eficacia práctica del mismo. Considero que se trata de un proceso autónomo a un nivel inferior e instrumental respecto a los procesos declarativo y de ejecución.
- II. Respecto a la jurisdiccionalidad y la necesidad de instancia de parte para la adopción de medidas cautelares concluimos que no deben ser consideradas características definitorias de las medidas cautelares, ya que existen determinados procesos en los que no se dan.
- III. La primera *conditio sine qua non* para adoptar una medida cautelar y, por lo tanto, el primer presupuesto es estar ante una verdadera y adecuada medida cautelar y no ante una falsa medida cautelar, presupuesto básico que se da por cumplido siempre que la medida cautelar se adapte a la finalidad y características requeridas por ley.
- IV. En lo relativo al orden de examen del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, no existe ningún orden preestablecido legalmente para su valoración. Sin embargo, al existir un riesgo implícito en el pronunciamiento del Tribunal relativo al *fumus boni iuris*, que comporta una evaluación *prima facie* de las probabilidades de éxito de la demanda, considero aconsejable analizar en primer lugar el presupuesto del *periculum in mora* y, sólo cuando se aprecie este requisito, proceder al análisis del presupuesto del *fumus boni iuris*.
- V. Para apreciar el *fumus boni iuris* apreciamos una minoría de casos en los que se puede dar una identidad probatoria entre la acreditación del *fumus boni iuris* y la prueba llevada a cabo en el proceso principal. Es innegable que puede existir una prejudicialidad de facto. Sin embargo, mientras los Jueces y Magistrados puedan atender de forma imparcial las distintas pretensiones pese a haberlas valorado con anterioridad, nunca existirá una prejudicialidad de derecho.
- VI. Respecto al nivel de acreditación del *fumus boni iuris* considero que en la práctica jurídica es preferible acreditar en exceso a quedarse corto, ya que una falta de acreditación conlleva que el Tribunal no pueda apreciar el *fumus boni iuris* y un exceso de acreditación no tiene mayor problemática que esa prejudicialidad de facto.

- VII. Al igual que PÉREZ DAUDÍ¹⁰⁶, considero que la forma correcta de establecer la cuantía de la caución debería atender únicamente a los potenciales daños que se puedan producir en el patrimonio del demandado, no teniendo en cuenta la valoración del *fumus boni iuris*, ya que eso implicaría que se pueda estar prejuzgando el fondo del asunto.
- VIII. Aprecio en la jurisprudencia la falta de un criterio de actuación unánime ante la omisión del ofrecimiento y cuantificación de la caución, ya que hay tres criterios sobre su posible subsanación. Parece difícilmente concebible que según el Tribunal que juzgue prevalezca un criterio u otro, no habiéndose pronunciado a este respecto el Tribunal Supremo; es evidente que conviene que el legislador se pronuncie y establezca un criterio uniforme por razones de seguridad jurídica.
- IX. En lo referente a la obligación de prestar caución cuando el solicitante sea beneficiario de asistencia jurídica gratuita, considero que pueden analizarse posibles soluciones a este problema, sería muy interesante un hipotético fondo económico de la administración que permitiera cubrir las cauciones de los beneficiarios de asistencia jurídica gratuita, realizando un examen preliminar que pudiera evitar abusos de derecho. Es una línea de investigación que dejo abierta y cuya principal dificultad no creo que sea su desarrollo normativo e institucional, sino su viabilidad económica para las arcas del Estado.
- X. Actualmente se están admitiendo *protective letters* en cuestiones de Propiedad Intelectual que van más allá del Derecho de Patentes, aplicando por analogía la regulación contenida en la Ley de Patentes. Considero que existe una laguna legislativa que debería regularse, evitando así aplicaciones analógicas que tienden a crear inseguridad jurídica.
- XI. La legislación se ha ido adaptando ante situaciones específicas, aplicando normas concretas que imponen unos presupuestos reforzados o depreciados de manera acorde a cada situación *ad hoc*; y tal y como ha quedado patente a lo largo de todo este trabajo, la legislación todavía necesita regular situaciones que solo trata la jurisprudencia, aunando disparidades y creando una mayor seguridad jurídica que, en definitiva, refuerce nuestro Estado de Derecho.

¹⁰⁶ VICENTE PÉREZ DAUDÍ: *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Op. Cit. Págs.: 119-126.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGÜENA FANEGO, CORAL (2015): “Medidas cautelares”, *Nociones preliminares de Derecho Procesal Civil*. Barcelona. Atelier.
- BARONA VILAR, SILVIA (2008): *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo II-Sujetos, actividades previas, medidas cautelares y proceso civil. Doctrina, legislación y jurisprudencia*. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- BELLIDO PENADÉS, RAFAEL (2014): “Las medidas cautelares en el proceso civil sobre defensa de la competencia”, *Revista General de Derecho Procesal* 33. España. Iustel.
- CARNELUTTI, FRANCESCO (1959 en italiano y 1971 en castellano): *Derecho procesal civil y penal. Traducción de Santiago Sentís Melendo*. Buenos Aires. EJEA.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN; MORENO CATENA, VÍCTOR (2017): *Derecho Procesal Civil Parte General 9ª Edición*. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- FLORS MATÍES, JOSÉ (2020): *GPS procesal civil*. Valencia, España. Tirant Lo Blanch.
- GANGOSO PÉREZ, Mª BEGOÑA (2019): “Medidas cautelares “inaudita parte” y escritos preventivos (protective letters)” (Trabajo de Fin de Grado). Universidad de Valladolid. Facultad de Derecho.
<http://uvadoc.uva.es/handle/10324/37036;oi:uvadoc.uva.es:10324/37036>
- GARCÍA VIDAL, ÁNGEL (2014): “Las protective letters en materia de patentes: situación en los tribunales españoles”. Santiago de Compostela. Gómez-Acebo & Pombo.
- MONTERO AROCA, JUAN (1988): “Medidas cautelares”, en *Trabajos de Derecho Procesal*. Barcelona. Bosch.
- MONTERO AROCA, JUAN; GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS; BARONA VILAR, SILVIA; CALDERÓN CUADRADO, Mª PÍA (2016): *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil 24ª Edición*. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- ORTELLS RAMOS, MANUEL (1991): *Derecho Jurisdiccional, volumen II, Proceso Civil 2º*. Barcelona. Bosch.
- ORTELLS RAMOS, MANUEL; CALDERÓN CUADRADO, MARÍA PÍA (1996): “La tutela judicial cautelar en el derecho español”. España. Comares.
- OSORIO ACOSTA, EZEQUIEL (2014): *Las medidas cautelares en el proceso civil español*. Lisboa. Juruá.
- PÉREZ DAUDÍ, VICENTE (2012): *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona. Atelier.

- PÉREZ DAUDÍ, VICENTE (2014): “La asistencia jurídica gratuita y las medidas cautelares en el proceso civil”, *Diario La Ley*, N.º 8420, *Sección Tribuna*. La Ley. Ref. D-378.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2020): “*Diccionario del español jurídico (DEJ)*”.
- REGADERA, JOSE MARÍA (2005): “*Propuestas de mejora del procedimiento para la adopción de medidas cautelares en el proceso civil*”, en la obra colectiva *Análisis Crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil: propuestas de mejora. Manual de Formación Continuada n.º 29*. CGPJ.
- SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO (1974): *Las medidas cautelares en el proceso civil: teoría general de las medidas cautelares: medidas provisionales en relación con las personas, intervención judicial de bienes litigiosos*. Barcelona. Industrias Graficas M Pareja.

LEGISLACIÓN APLICADA

- «BOE» núm. 285, de 28/11/1997; BOE-A-1997-25338.
- BOE-A-1960-10906. Art. 21.5, versión vigente conforme a la última modificación publicada el 05/03/2019.
- BOE-A-2015-8328.
- Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. BOE-A-1978-31229.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita; «BOE» núm. 11, de 12/01/1996; BOE-A-1996-750.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; «BOE» núm. 7, de 08/01/2000; BOE-A-2000-323.
- Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales; «BOE» núm. 45, de 21 de febrero de 2019, páginas 16713 a 16727 (15 págs.); BOE-A-2019-2364.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. «BOE» núm. 164, de 10/07/2003. BOE-A-2003-13813.
- Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes; «BOE» núm. 177, de 25/07/2015;
- Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal; «BOE» núm. 176, de 23/07/1960;
- Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas;

- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. «BOE» núm. 309, de 26/12/2003. BOE-A-2003-23646.
- Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil. «Gaceta de Madrid» núm. 36, de 5 de febrero de 1881, páginas 326 a 329 (4 págs.); BOE-A-1881-813.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 202/1987, de 17 de diciembre. Ponente Carlos de la Vega Benayas. Fundamento Jurídico 5º. BOE núm. 7, de 08 de enero de 1988; ECLI:ES:TC:1987:202.
- STC 14/1992, de 10 de febrero. En pleno. Ponente Jesús Leguina Villa. Fundamento Jurídico 7º. BOE núm. 54, de 03 de marzo de 1992; ECLI:ES:TC:1992:14.
- STC 238/1992, de 17 de diciembre. En pleno. Ponente Carles Viver Pi-Sunyer. Fundamento Jurídico 3º. BOE núm. 17, de 20 de enero de 1993; ECLI:ES:TC:1992:238.
- STC 148/1993, de 29 de abril. Ponente Luis López Guerra. Fundamento Jurídico 5º. BOE núm. 127, de 28 de mayo de 1993; ECLI:ES:TC:1993:148.
- STC 218/1994, de 18 de julio. Ponente Carles Viver Pi-Sunyer. Fundamento Jurídico 3º. BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1994; ECLI:ES:TC:1994:218.
- STC 14/1995, de 30 de enero. Ponente Luis López Guerra. Fundamento Jurídico 4º. BOE núm. 50, de 28 de febrero de 1995; ECLI:ES:TC:1995:24.
- STC 45/2002, de 25 de febrero. Ponente Elisa Pérez Vera. Fundamento Jurídico 4º. BOE núm. 80, de 03 de abril de 2002; ECLI:ES:TC:2002:45.

TRIBUNAL SUPREMO

- ATS, de 16 de mayo de 2008. Sección nº1. Jesús Eugenio Corbal Fernández. Fundamento de Derecho 4º. Roj: ATS 6421/2008 - ECLI: ES:TS:2008:6421A.
- ATS, de 11 de marzo de 2014. Sección nº1. Ignacio Sancho Gargallo. Razonamiento Jurídico 3º. Roj: ATS 1868/2014 - ECLI: ES:TS:2014:1868A.
- STS, de 22 de abril de 2016. Sección nº1. Rafael Saraza Jimena. Fundamento de Derecho 4º. Roj: STS 1669/2016 - ECLI: ES:TS:2016:1669.
- STS, de 01 de junio de 2016. Sección nº1. Rafael Saraza Jimena. Fundamento de Derecho 3º. Roj: STS 2594/2016 - ECLI: ES:TS:2016:2594.

- STS, de 25 de octubre de 2016. Sección nº1. José Antonio Seijas Quintana. Fundamento de Derecho 1º. Roj: STS 4640/2016 - ECLI: ES:TS:2016:4640.
- ATS, de 18 de julio de 2018. Sección nº1. Antonio Salas Carceller. Fundamento de Derecho 2º. Roj: ATS 8205/2018 - ECLI: ES:TS:2018:8205A.
- ATS, de 06 de marzo de 2019. Sección nº1. Mª de los Ángeles Parra Lucán. Fundamento de Derecho 1º. Roj: ATS 2099/2019 - ECLI: ES:TS:2019:2099A.
- ATS, de 10 de abril de 2019. Sección nº1. Francisco Marín Castán. Fundamento de Derecho 3º. Roj: ATS 3633/2019 - ECLI: ES:TS:2019:3633A.
- ATS, de 23 de abril de 2019. Sección nº1. Francisco Javier Orduña Moreno. Fundamento de Derecho 2º. Roj: ATS 4107/2019 - ECLI: ES:TS:2019:4107A.
- ATS, de 26 de mayo de 2020. Sección nº1. Ponente Juan María Díaz Fraile. Roj: Roj: ATS 2971/2020 - ECLI: ES:TS:2020:2971A.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- AAP M, de 24 de octubre de 2002. Sección nº10. Ponente José González Olleros. Fundamento de Derecho 3º. Roj: AAP M 1900/2002 - ECLI: ES:APM:2002:1900A.
- AAP M, de 29 de abril de 2010. Sección nº28. Ponente Enrique García García. Razonamiento Jurídico 2º. Roj: AAP M 7647/2010 - ECLI: ES:APM:2010:7647A.
- AAP T, de 08 de octubre de 2012. Sección nº01. Ponente María del Pilar Aguilar Vallino. Fundamento de Derecho 1º. Roj: AAP T 1312/2012 - ECLI: ES:APT:2012:1312A.
- AAP M, de 09 de octubre de 2012. Sección nº10. Ponente Ángel Vicente Illescas Rus. Razonamiento Jurídico 11º. Roj: AAP M 16647/2012 - ECLI: ES:APM:2012:16647A.
- SAP B, de 05 de febrero de 2014. Sección nº15. Ponente Juan Francisco Garnica Martín. Razonamiento Jurídico 4º. Roj: SAP B 4139/2014 - ECLI: ES:APB:2014:4139.
- AAP M, de 12 de diciembre de 2014. Sección nº28. Ponente Enrique García García. Razonamiento Jurídico 3º. Roj: AAP M 507/2014 - ECLI: ES:APM:2014:507A.
- AAP A, de 30 de abril de 2015. Sección nº08. Ponente Luis Antonio Soler Pascual. Fundamento de Derecho 3º. Roj: AAP A 49/2015 - ECLI: ES:APA:2015:49A.
- AAP TO, de 07 de noviembre de 2017. Sección nº1. Ponente Gema Adoracion Ocariz Azaustre. Razonamiento Jurídico 3º. Roj: AAP TO 329/2017 - ECLI: ES:APTO:2017:329A.

- AAP BA, de 13 de abril de 2018. Sección nº15. Ponente José María Fernández Seijo. Roj: AAP B 1361/2018 - ECLI: ES:APB:2018:1361A.
- AAP B, de 26 de julio de 2018. Sección nº4. Ponente Jordi Lluís Forgas Folch. Razonamiento Jurídico 3º. Roj: AAP B 5074/2018 - ECLI: ES:APB:2018:5074A.
- AAP CS, de 24 de octubre de 2018. Sección nº03. Ponente Adela Bardón Martínez. Fundamento de Derecho 2º. Roj: AAP CS 253/2018 - ECLI: ES:APCS:2018:253A.
- AAP B, de 18 de diciembre de 2018. Sección nº15. Ponente José María Fernández Seijo. Fundamento de Derecho 6º. Roj: AAP B 7830/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7830A.
- AAP B, de 29 de diciembre de 2018. Sección nº15. Ponente Jose Maria Ribelles Arellano. Fundamento Jurídico 2º. Roj: AAP B 7613/2018 - ECLI: ES:APB:2018:7613A.
- AAP M, de 11 de enero de 2019. Sección nº28. Francisco de Borja Villena Cortes. Razonamiento Jurídico 4º. Roj: AAP M 74/2019 - ECLI: ES:APM:2019:74A.
- AAP M, de 30 de enero de 2019. Sección nº11. Ponente Jesús Miguel Alemany Eguidazu. Razonamiento Jurídico 3º. Roj: AAP M 5051/2019 - ECLI:ES:APM:2019:5051A.
- AAP B, de 11 de julio de 2019. Sección nº19. Ponente Asuncion Claret Castany. Fundamento de Derecho 1º. Roj: AAP B 5672/2019 - ECLI:ES:APB:2019:5672A.
- AAP B, de 15 de octubre de 2019. Sección nº14. Agustín Vigo Morancho. Fundamento de Derecho 2º. Roj: AAP B 7546/2019 - ECLI: ES:APB:2019:7546A..
- AAP BI, de 06 de noviembre de 2019. Sección nº05. Ponente María Magdalena García Larragan. Razonamiento Jurídico 2º. Roj: AAP BI 2080/2019 - ECLI: ES:APBI:2019:2080A.
- AAP TF, de 04 de diciembre de 2019. Sección nº4. Ponente Pablo Jose Moscoso Torres. Fundamento de Derecho 2º. Roj: AAP TF 1048/2019 - ECLI: ES:APTF:2019:1048A.
- AAP MA, de 27 de diciembre de 2019. Sección nº05. Ponente María Pilar Ramírez Balboteo. Fundamento de Derecho 3º. Roj: AAP MA 188/2019 - ECLI: ES:APMA:2019:188A.
- AAP IB, de 15 de enero de 2020. Sección nº3. Ana Calado Orejas. Razonamiento Jurídico 2º. Roj: AAP IB 33/2020 - ECLI: ES:APIB:2020:33A.
- AAP OU, de 6 de febrero de 2020. Sección nº1. Josefa Otero Seivane. Fundamento de Derecho 3º. Roj: AAP OU 47/2020 - ECLI: ES:APOU:2020:47A.

- AAP M, de 14 de febrero de 2020. Sección nº28. Alberto Arribas Hernández. Razonamiento Jurídico 2º. Roj: AAP M 1097/2020 - ECLI: ES:APM:2020:1097A.
- AAP M, de 6 de marzo de 2020. Sección nº13. Ponente Luis Puente de Pinedo. Razonamiento Jurídico 3º. Roj: AAP M 1263/2020 - ECLI: ES:APM:2020:1263A.
- AAP B, de 28 de mayo de 2020. Sección nº11. María del Mar Alonso Martínez. Fundamento de Derecho 3º. Roj: AAP B 3557/2020 - ECLI: ES:APB:2020:3557A.
- AAP B, de 28 de mayo de 2020. Sección nº17. Ana María Ninot Martínez. Fundamento de Derecho 2º. Roj: AAP B 3802/2020 - ECLI: ES:APB:2020:3802A.
- AAP B, de 11 de junio de 2020. Sección nº15. Ponente Marta Cervera Martínez. Fundamento Jurídico 5º. Roj: AAP B 4228/2020 - ECLI: ES:APB:2020:4228A.

JUZGADO DE LO MERCANTIL

- AJM B, de 25 de febrero de 2020. Sección nº08. Ponente Roberto Niño Estébanez. Roj: AJM B 4/2020 - ECLI: ES:JMB:2020:4A.