



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

EL PERICULUM IN MORA COMO REQUISITO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PROCESALES CIVILES

Autor: José Luis Pérez de Ayala

Bonelli

5º E3-C

Derecho Procesal

Tutor: Sara Díez Riaza

Madrid
Abril 2020

RESUMEN.

Las medidas cautelares están destinadas a salvaguardar la tutela judicial efectiva, derecho recogido en el artículo 24 de la Constitución Española y derecho clave en cualquier estado democrático. El estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial de estas medidas, desconocidas para muchos, es necesario en el ámbito del derecho. Sus características, su regulación, el modo y la necesidad de pedir las hacen que este trabajo vaya dedicado a su completo estudio.

Sin embargo, y más profundamente, el trabajo va dedicado al análisis exhaustivo de uno de los tres requisitos imprescindibles para la adopción de las medidas cautelares: el *periculum in mora* o peligro de mora procesal. La configuración del concepto de peligro de mora procesal viene recogida en la ley, pero ha sido objeto de numerosos estudios e interpretaciones tanto doctrinales como jurisprudenciales. En este trabajo se analizan las diversas interpretaciones que se le han dado a este requisito: desde el fin que buscó el legislador al introducirlo, hasta los distintos tipos de peligros que han sido apreciados por jurisprudencia y doctrina; pasando por las diversas características que ha de tener la situación que se alega como peligro de mora procesal.

El estudio de estas medidas me acerca a la posibilidad de llegar a una conclusión concreta, donde se resalta la importancia de la posible adopción de estas medidas, y el papel clave del que, en mi opinión, acaba siendo el requisito imprescindible para la adopción de este tipo de medidas: el peligro de mora procesal.

PALABRAS CLAVE: medidas cautelares, peligro de mora procesal, presupuestos.

ÍNDICE.

1. Introducción.....	4
2. Las medidas cautelares.	4
2.1 Concepto y fundamento de las medidas cautelares.....	5
2.2 Características de las medidas cautelares.....	9
2.3 Requisitos de las medidas cautelares.....	15
2.4 Medidas cautelares inaudita parte.....	18
3. El peligro de mora procesal.....	19
3.1 Concepto y fin del peligro de mora procesal.	19
3.2 Presupuestos para su adopción.....	22
3.3 Tipos de peligro.....	35
4. Conclusiones.....	37
5. Bibliografía.....	38

1. INTRODUCCIÓN.

El tema elegido para el desarrollo de este trabajo es el peligro de mora procesal como requisito imprescindible para las medidas cautelares procesales civiles. España es un estado democrático y de derecho, en el cual uno de los derechos individuales más importantes es la tutela judicial efectiva. Las medidas cautelares son un instrumento más para ayudar a salvaguardar este derecho y, sin embargo, tiene poco prestigio reconocido en el mundo del derecho. El estudio de este tipo de medidas intentará ayudar a demostrar la necesaria existencia de estas medidas y, sobre todo, a entender el que se considera el requisito más necesario y controvertido (en términos de apreciación) de estas medidas.

Para ello, el método elegido es el siguiente: un análisis exhaustivo de la legislación consolidada en la materia de las medidas cautelares. En segundo lugar, acudiré a fuentes doctrinales de gran relevancia como profesores de derecho procesal y procesalistas de reconocido prestigio, que ayuden a aportar un rayo de luz a un tema que, si bien no es oscuro, si casi desconocido. Por último, acudiré a las fuentes jurisprudenciales correspondientes, desde el Tribunal Constitucional, pasando por el Tribunal Supremo, hasta numerosos autos y sentencias de variadas Audiencias Provinciales. Todo ello ayudará a dilucidar la problemática de las distintas apreciaciones del peligro de mora procesal.

La estructura de trabajo que se ha creído más conveniente es la siguiente: iniciando con una introducción exhaustiva sobre las medidas cautelares, acercándonos un paso más a tutela judicial efectiva que protegen, y sus numerosas características. Una vez explicadas, realizaré un análisis del requisito que, a priori, puede suponer el más importante de los tres: el peligro de mora procesal. Estudiaré tres apartados: las distintas definiciones y el fin de este requisito, cuáles son las características necesarias para su apreciación, y los distintos tipos de peligro de mora procesal que han sido clasificados por doctrina y jurisprudencia.

He creído necesario hacer el trabajo dedicado a este análisis por la falta de información que muchas veces se tiene de este tipo de medidas. Como he explicado, la tutela judicial efectiva es uno de los derechos más importantes no solo en España, sino en cualquier país. Por ello, toda medida o ayuda que sirva para salvaguardarlo me parece de necesario estudio, y de ahí que este estudio sea el objeto del trabajo.

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES.

2.1 Concepto y fundamento de las medidas cautelares:

El artículo 24.2 de la Constitución Española¹ establece lo siguiente: “*todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*”

En resumen, lo que busca es la tutela judicial real del derecho que el actor o actores buscan sea declarado en sentencia. Sin embargo, existen algunos derechos ejercitables que tienen el peligro de que, en el momento de ejecutar la sentencia, ya se haya perdido el derecho, es decir, no haya existido una tutela real durante el juicio, bien por casos de fuerza mayor, o bien por actos realizados por el demandado, que suele ser lo más común. De hecho, la mayoría de las medidas cautelares que se adoptan van dirigidas al embargo preventivo de los bienes del demandado, para evitar así la posible venta fraudulenta y levantamiento de bienes.

Por tanto, para garantizar el ejercicio real de la tutela judicial, y cumplir con lo guardado por la Constitución Española, el legislador español creó la figura de las medidas cautelares. En base a todo esto, las medidas cautelares se podrían definir como aquellas medidas solicitadas a instancia de parte y tomadas por el juez competente para asegurar el resultado futuro del que depende el juicio. Son medios jurídicos que el legislador da para evitar que se realicen actos o medidas que eviten el cumplimiento de la pretensión del actor. Así mismo, se les podría denominar medidas de aseguramiento, porque aseguran la pretensión final.

De hecho, es el Tribunal Constitucional, en su sentencia número 1992/14, de 10 de febrero, el que establece que “*la tutela efectiva judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el cumplimiento de la resolución judicial definitiva que recaiga en el proceso.*”

A lo largo de los años, y en una jurisprudencia variada, el Tribunal Constitucional ha venido explicando cuáles son las razones de la existencia de las medidas cautelares. Así, establece:

¹ Constitución Española de 1978.

1. Que dentro del derecho a una tutela judicial efectiva se encuadra el derecho a una tutela cautelar, creando la posibilidad de que los tribunales españoles puedan adoptar dichas medidas. (STC 238/1992, de 17 de diciembre)
2. Estas medidas cautelares estarán abiertas a todo tipo de derechos, no solo fundamentales o de carácter patrimonial, sino que se deben garantizar todos los derechos. (STC 238/1992, de 17 de diciembre)
3. De esta manera, se declarará inconstitucional aquellas leyes que prohíban adoptar medidas cautelares para determinados derechos o que distingan entre unos y otros. (STC 238/1992, de 17 de diciembre)
4. El hecho de que exista la posibilidad de que un tribunal adopte medidas cautelares incluye el derecho a obtener una resolución motivada y fundamentada de dicho tribunal acerca de la adopción o no de las medidas cautelares solicitadas; teniendo que cumplir dicha resolución con ciertos requisitos. (STC 210/1993, de 28 de junio)
5. Supondrá, por tanto, una violación de una garantía constitucional aquellas resoluciones que no se encuentren motivadas conforme a esos derechos; o aquellas que provoquen daños de muy difícil reparación o irreparables. (STC 237/1991, de 12 de diciembre)

La razón de ser de las medidas cautelares radica en tres aspectos:

1. Por un lado, en que la sentencia que se pide que se dicte no puede ser dictada en el mismo momento en el que se pide. Evidentemente, el Tribunal deberá valorar las pruebas y aportaciones realizadas por cada una de las partes, para dictar sentencia después. Evidentemente, esta sentencia será dictada en un tiempo bastante tarde.
2. En segundo lugar, en la defensa del demandado. Si las medidas cautelares, de manera general, buscan una defensa del demandante, el hecho de que no se dicte sentencia según se presenta la demanda radica en la posibilidad de defensa del demandado, derecho fundamental de cualquier país democrático.
3. Por último, en la defensa del propio demandante. La fundamentación de las medidas cautelares consiste en la posibilidad de que el demandante pueda ver defendido su derecho. En ocasiones se producen situaciones de pendencia del proceso donde el derecho pedido por el demandante puede verse en riesgo por los motivos ya explicados en el punto uno. De esta manera, las medidas cautelares

ayudan a proteger dicho derecho del demandado y a obtener una sentencia sin que se pueda ocasionar perjuicio a su derecho en el transcurso del proceso.

Las medidas cautelares están reguladas en el Título V de la Ley 1/2000 del 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El artículo 721.1 establece la finalidad de las mismas, y reza así: *“Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare.”*

Sin embargo, no solamente este artículo regula el fundamento de las medidas cautelares, sino que en el artículo 726.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil también se observa claramente la intención del legislador de buscar una tutela judicial real. El artículo establece que *“El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características: Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.”*

Manuel Ortells en su libro define las medidas cautelares como *“la modalidad de tutela judicial destinada a contrarrestar el riesgo de ineffectividad de la tutela que pueda ser concedida en el proceso de declaración, mediante una afectación de la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir aquel efecto.”*² Más adelante, en el mismo libro, las definirá como *“actuaciones que, de acuerdo con la ley, el tribunal acuerda con unos efectos jurídicos y también materiales –en el sentido de que inciden en la realidad social– para cumplir la función de la tutela cautelar.”*³

Pero no solo es el legislador el que se preocupa por salvaguardar este derecho fundamental, sino que existe jurisprudencia variada acerca del fundamento jurídico de las medidas cautelares. La Audiencia Provincial de Gerona, en su auto número 47/2006, de 21 de marzo, establece que *“por definición las medidas cautelares son aquéllas que tienen por objeto asegurar el eventual resultado final de un proceso, garantizando la*

² Ortells, M; “Tutela judicial cautelar”; en Ortells, M; *Derecho procesal civil*; Thomson Reuters; Madrid, 2016, pág 1.

³ Ortells, M; “Tutela judicial cautelar”; en Ortells, M; *Derecho procesal civil*; Thomson Reuters; Madrid, 2016, pág 4.

posibilidad de que se cumpla la resolución que le pone fin, cuando existe un riesgo derivado de su misma duración de que, caso de no adoptarse, se frustre en la práctica lo que se decida judicialmente en su día.”.

En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid, en su auto número 187/2008, de 30 de junio, donde establece que *“las medidas cautelares, entendidas como expediente mediante el cual se persigue la efectividad de la resolución que en su día pueda recaer en el litigio, constituyen, cada vez con más frecuencia, mecanismos, en muchos casos necesarios para el fin indicado, que gozan de un amplio respaldo tanto legal, como constitucional.”*

El profesor Rafael Bellido Penadés no duda de la importancia de las medidas cautelares. De este modo, explica que *las medidas cautelares son imprescindibles para asegurar la efectividad de la tutela que puede otorgarse en un proceso, también en el civil. El Derecho no se aplica en el proceso de forma instantánea. Por el contrario, el buen hacer jurisdiccional, tanto en su función de juzgar como en la de hacer ejecutar lo juzgado, requiere de tiempo, con el fin de facilitar el acierto en las decisiones a tomar y la defensa de los derechos de las partes. En consecuencia, las medidas cautelares se configuran como el instrumento arbitrado por el Derecho para evitar que la demora de tiempo necesaria para su realización en el proceso (declaración o ejecución) redunde en un resultado ineficaz de éste.*⁴

Por tanto, queda claro cuál es el fin de las medidas cautelares, y no es otro que salvaguardar uno de los derechos más importantes de cualquier estado democrático de derecho, que es el de tener una tutela judicial efectiva.

Se han llegado a definir las medidas cautelares hasta desde un punto de vista ontológico, donde *“el principal objeto de las medidas cautelares en el procedimiento civil es mitigar el riesgo inherente al transcurso del (generalmente largo) período temporal que puede transcurrir mientras se sustancian las distintas fases del procedimiento declarativo. De este modo se pretende atajar la posibilidad de que, durante ese período, la parte demandada pueda frustrar la ejecución de una eventual sentencia condenatoria.”*⁵

⁴ Bellido Penadés, R; “Las medidas cautelares en el proceso civil sobre la defensa de la competencia”; *Revista General Iustel de derecho procesal*; Vol. 33; 2014; pág. 5

⁵ Folguera Crespo J; Martínez Corral B; “Las normas de defensa de la competencia: medidas cautelares en su aplicación judicial directa” en *Revista Uría Menéndez*.

Por último, Rodrigo Bercovitz se refiere a ellas como “*un medio indispensable para evitar un perjuicio irreparable a quien ve atacado ilegítimamente su derecho de exclusiva sobre un bien inmaterial o su posición competitiva en el mercado.*”⁶

2.2 Características de las medidas cautelares.

La primera característica fundamental de las medidas cautelares es su **instrumentalidad o accesoriedad**. La instrumentalidad viene recogida en el artículo 731.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que reza así: “*No se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley. Transcurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuvieren adoptadas.*”

Manuel Ortells opina que esta característica es la fundamental en las medidas cautelares, pues es la que la diferencia de cualquier otro tipo de medidas que se puedan adoptar. Así, la instrumentalidad “*entendida en el específico sentido de que la tutela cautelar, considerando en conjunto el régimen de la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas, no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal (y a este mismo proceso) por la función de asegurar su efectividad práctica. Si tal sentencia puede considerarse como el instrumento mediante el cual se actúa el Derecho en el caso concreto, la tutela cautelar es, a su vez, el instrumento para que lo anterior pueda producirse sin riesgo de ineffectividad a causa de la necesaria demora de la sentencia.*”⁷

Así mismo, esta característica encuentra su fundamento normativo en la Ley de Enjuiciamiento Civil:

- Salvo alguna excepción prevista en la ley, solamente se podrán adoptar las medidas cautelares si está pendiente un proceso principal (artículo 730.2)

⁶ Bercovitz, A. “Las medidas cautelares en la nueva legislación sobre bienes inmateriales y Derecho de la competencia”, en Homenaje a H.Baylos. *Estudio sobre Derecho Industrial*, Grupo Español de la AIPPO, 1992. pág.53

⁷ Ortells, M; “Tutela judicial cautelar”; en Ortells, M; *Derecho procesal civil*; Thomson Reuters; Madrid, 2016, pág 2.

- En el momento en el que el juicio termine, y por tanto se dicte sentencia, es lógico que la medida cautelar correspondiente se extinga, pues así podrá desplegar sus efectos la sentencia dictada por el tribunal (artículo 731.1)
- Por último, hay que destacar que los efectos desplegados por las medidas cautelares pueden coincidir con los efectos que la posterior sentencia despliegue (artículo 726)

Valentín Cortes explica que *“ese carácter de accesoriedad, tal como se recoge en el art. 731, evita que la medida cautelar pueda tener vigencia cuando es sustituida o pueda ser sustituida por la actividad ejecutiva o cuando el tiempo en la tramitación del proceso se alarga a causa de la suspensión del mismo, por un plazo superior a seis meses, imputable exclusivamente al solicitante de la medida.”*⁸

Es importante destacar que en ningún caso el juicio sobre la adopción o no de las medidas cautelares esté relacionado con el juicio principal, salvo en lo ya expuesto. Es decir, el juicio para analizar los requisitos de la adopción de dichas medidas, así como que si en el caso de que se adopten, cuál sería la medida, es un juicio completamente autónomo y que nada tendrá que ver con el principal.

La Audiencia Provincial de Gerona se pronuncia sobre esta característica en su auto número 20/2001 de 13 de febrero donde establece que *“las medidas cautelares tienen carácter instrumental respecto del proceso declarativo en que se solicitan, así como de la sentencia que en el mismo se dicte, en tanto la relación que existe entre la medida cautelar y la sentencia que recaiga en el proceso principal tiende al aseguramiento de la ejecución de esta.”*

Sin embargo, si bien es cierto que es necesaria la instrumentalidad, existe una independencia entre el proceso de medidas cautelares y el proceso principal. Así lo establece la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 259/2009, de 21 de julio; donde establece que *“aunque las medidas cautelares sean instrumentales de una pretensión principal y se justifiquen en función de la misma, el proceso cautelar tiene autonomía respecto del principal, por lo menos en la medida necesaria para reconocer la independencia y propia sustantividad del pronunciamiento en materia de costas causadas por la petición y oposición a las medidas cautelares, como así resulta de los*

⁸ Cortés, V; “Las medidas cautelares” en Cortés- Domínguez V; *Derecho procesal civil parte general*; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017; pág 447.

arts. 736.1 LEC ("las costas se impondrán con arreglo a los criterios establecidos en el art. 394 ") y 741.2 LEC (si el auto que resuelve la oposición a las medidas mantuviere las mismas "condenará al opositor a las costas de la oposición"), sin vincular la condena en costas del proceso cautelar a la decisión de la sentencia principal o al pronunciamiento relativo a las costas de dicho proceso principal.”

La profesora Purificación Cremades explica lo que para ella es clave en este requisito tan importante de las medidas cautelares. Así, establece que “*el carácter provisional e instrumental supone por lo tanto que las medidas cautelares concedidas, dejarán de producir sus efectos si es que la sentencia de primera instancia no fuere favorable a los pedimentos para el aseguramiento de cuya efectividad hubieran sido solicitadas, ni cuando sea revocada la sentencia de primera instancia favorable a los pedimentos, ni para el caso de que la demanda no se presentase en plazo cuando fueran pedidas previa a la interposición de la misma, por razones de urgencia o necesidad. La carente autonomía que poseen las medidas cautelares resulta por ello evidente. La necesidad de tener que interponer la correspondiente demanda cuando se han solicitado de forma previa a la misma, trata de evitar una posible práctica consistente en obtener una tutela provisional, que satisface el interés del titular de derechos, para no iniciar después el proceso principal. Las consecuencias en caso de que este no llegue a iniciarse: alzamiento de oficio de los efectos ya producidos, condena en costas del solicitante, y declaración de que es responsable de los daños y perjuicios, no impide que el aparente infractor de derechos de propiedad intelectual pueda seguir realizando la conducta anterior a esas medidas, pero en todo caso, la medida cautelar que se adoptó, seguirá siendo una medida cautelar que fue alzada por no cumplir el requisito de la instrumentalidad.*”⁹

La segunda característica importante de las medida cautelares es la **proporcionalidad y menor onerosidad**. Si partimos de la base de que las medidas cautelares son restrictivas de derechos, es necesario que la medida que se adopte sea eficaz, pero lo menos perjudicial o gravosa para la parte contra quién se adopta. Así lo estableció el legislador en el artículo 726.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde establece que la medida cautelar que se adopte tiene que cumplir el “*no ser susceptible de sustitución por otra*

⁹ Cremades García, P; “Medidas cautelares en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual e industrial”; en Moreno Martínez, J.A; *Problemática actual de la tutela civil ante la vulneración de la propiedad industrial e intelectual*; Dykinson, Madrid, 2017, pág. 66.

medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.”

Ha existido doctrina y jurisprudencia acerca de las medidas que pueden solicitar los demandantes. En el supuesto caso en el que el demandante, encargado de proponer la medida cautelar, proponga una que pueda ser sustituida por otra menor gravosa, pero ni demandante ni demandado sean conscientes de ellos, ¿podrá el tribunal apreciar de oficio una medida cautelar menos gravosa?

En este sentido, el catedrático de derecho procesal, Faustino Cordón Moreno, expone en uno de sus artículos que en *“el proceso de solicitud de medidas cautelares constituyen la causa de pedir los elementos fácticos que conforman los presupuestos de aquéllas, tanto los generales establecidos en el art. 728 LECiv, como los específicos que, con carácter complementario, puedan venir exigidos por otras normas. A partir de aquí, puede, como decimos, sostenerse que el Juez, aplicando el art. 726.1, 2º LECiv, tiene reconocida potestad para sustituir la medida cautelar solicitada por otra no pedida ni planteada por el demandado que derive de los mismos presupuestos de la que sí lo fue y que resulte menos gravosa, al amparo de que, en tal caso, no se habría producido alteración del debate procesal, porque el demandado (perjudicado por la medida) ya tuvo oportunidad de defenderse respecto de los presupuestos de la nueva medida acordada que, por estar implícitamente contenida en la inicialmente solicitada, son los mismos que los de ésta. Pero entiendo que, en todo caso, deberá prestarse audiencia a las partes, porque, de no hacerse, se corre el riesgo de sustraer al debate contradictorio (privando a las partes de la posibilidad de defenderse sobre ellos) los presupuestos de la medida cautelar no pedida que ha sido acordada, empezando por el primero de ellos, a saber, que la misma sea menos gravosa (en abstracto o en el caso concreto) que la inicialmente solicitada e igualmente eficaz para alcanzar la finalidad asegurativa que se pretende, y siguiendo por los demás que, con carácter complementario, eventualmente puedan estar establecidos en la ley.”*¹⁰

De acuerdo con esto se pronunció la Audiencia Provincial de Madrid, en su auto de 15 de abril de 2002, donde estableció que *“también la doctrina y la jurisprudencia vienen exigiendo, además, la proporcionalidad entre los bienes jurídicos protegibles, cuya tutela*

¹⁰ Cordón Moreno, F; “principio de proporcionalidad y congruencia de la resolución que adopta las medidas cautelares”; *Revista Aranzadi*, número 674/2005; 2005; BIB 2005/1140.

judicial se demanda y el tipo de medida solicitada. Como tiene sentado nuestro Alto Tribunal "el aseguramiento de la eficacia de la resolución que pudiera recaer en el procedimiento, no guarda relación con el cierre como medida cautelar previa, lo que constituye una reacción desproporcionada atendidas las circunstancias corrientes y la gravedad que representa la privación a su titular del ejercicio de una actividad empresarial. En todo caso, aún desde la perspectiva de una resolución final acordando el cierre, esta medida cautelar adoptada sin la existencia de aquellos elementos de juicio que puedan justificarla, aparece revestida de un contenido material sancionatorio", (sentencia Tribuna Supremo 3-6-94)."

Por tanto, este principio se puede concretar en lo siguiente:

- La medida que se adopte debe ser la que menos perjudique a los afectados, siendo suficiente para obtener la garantía, pero no siendo excesivamente onerosa.
- En el caso de que en el futuro se pueda sustituir esta garantía por otra de igual eficacia, pero menos onerosidad, se deberá sustituir la primera por la segunda.

Otra circunstancia que se debe tener en cuenta de las medidas cautelares es que siguen el principio de demanda. Este principio explica que no se pueden adoptar medidas cautelares de oficio, es decir, que el tribunal, aun teniendo razones para adoptar medidas cautelares por concurrir los requisitos, no puede adoptar una medida cautelar sin que el demandante la haya pedido. Sí que se aprecia la facultad del tribunal para adoptar una medida cautelar menos gravosa que aquella solicitada por el demandante. Esto encuentra su regulación legal en la Ley de enjuiciamiento civil, más concretamente en el artículo 721.2, que establece que *las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales. Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas.*

En este sentido, la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en su auto número 14/2004, de 16 de febrero, establece que *“se alega por la apelante en primer lugar infracción del principio de rogación que rige la adopción de medidas cautelares. Ciertamente es que el artículo 721.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe que las medidas cautelares sean acordadas de oficio por el tribunal. Pero seguidamente se aclara que lo que exige el principio de rogación es que no se adopten medidas cautelares cuando no han sido solicitadas o que no se acuerden medidas más gravosas que las pedidas (art. 721.2 in*

fine LEC), pero este principio no queda infringido ni contradicho, cuando, habiendo sido solicitadas ciertas medidas cautelares por el demandante el tribunal acuerda otras distintas igual de eficaces pero menos gravosas para el demandado, en aplicación del principio de proporcionalidad recogido en el artículo 726.1.2.ª de la Ley Rituaria Civil.”

Por último, la característica final de las medidas cautelares es la **temporalidad y provisionalidad**. Bien es cierto que es de sentido común este requisito, pero es importante tener en cuenta que las medidas cautelares son temporales. Generalmente suelen estar vigentes hasta que el juez dicta sentencia, estimatoria o desestimatoria, pero pueden modificarse o levantarse antes si, o bien se considera que existe una medida menos gravosa, o bien se considera que la situación de pendencia ha desaparecido, y que no existe ningún riesgo, es decir, la desaparición del peligro de mora procesal, requisito imprescindible; siempre teniendo en cuenta las circunstancias, situaciones y condiciones que determinen el devenir del proceso.

Esta característica viene regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, más concretamente en su artículo 726.2 que “establece que *con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.*”

En este sentido, la Audiencia Provincial de Cádiz, en su auto de 23 de marzo de 2007 recuerda que las medida cautelares no pueden durar más de lo que dura el proceso principal. Esto es así porque la adopción de una medida cautelar se debe a buscar el aseguramiento de la pretensión en el proceso principal, por lo que si este finaliza, la medida cautelar deberá finalizar también.

El catedrático de derecho procesal civil, Joan Picó, explica sobre este requisito que “*las medidas cautelares son provisionales y modificables en cualquier momento mientras se suscita el pleito principal; al adoptarse atendiendo a las circunstancias que rodean el pleito son modificables si cambian tales circunstancias. En consecuencia, las medidas cautelares no pueden, por su propia naturaleza, estar protegidas por el efecto de la cosa juzgada aunque la ley procesal no prevea expresamente su modificación.*”¹¹

¹¹ Picó i Junoy, J; “Derecho a la tutela judicial efectiva”; en Picó i Junoy, J; *Las garantías constitucionales del proceso*; Bosch Edition, Barcelona, 2012, pág. 91.

Sin embargo, existe una excepción a este principio de temporalidad y provisionalidad que enunció la Audiencia Provincial de Zaragoza en su auto de 2 de octubre de 2003, donde establece que *“conforme a lo dispuesto en el art. 731 LEC “No se mantendrá la medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley. Transcurrido dicho plazo, si no se solicitara la ejecución, se alzarán las medidas que estuvieren acordadas”.*”

2.3 Requisitos de las medidas cautelares.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 728 prevé 3 requisitos que deben cumplir todas las medidas cautelares que se pidan, siendo completamente imprescindibles, y que deberá ser el Tribunal quién juzgue si, en efecto, se aprecian dichos requisitos.

El primer requisito es el **peligro de mora procesal**, o *periculum in mora*. El artículo 728.1 define el peligro de mora procesal estableciendo que *“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.”*

El segundo requisito que define la Ley de Enjuiciamiento Civil es el requisito de la **apariencia de buen derecho o fumus boni iuris**. El segundo apartado del artículo 728 establece que *“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.”*

El Tribunal Supremo, en su auto de 16 de mayo de 2018, define la apariencia de buen derecho como el requisito por el cual *“se presenten por el solicitante datos, argumentos y justificaciones documentales, o por otros medios, que permitan fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión; y aun cuando la apreciación no debe equipararse a un prejuicio del asunto, como explícitamente señala*

el art. 728.2, sí es preciso que tenga la entidad de un juicio de probabilidad cualificada.”¹²

Observamos que el requisito de apariencia de buen derecho lleva al solicitante a justificar, con argumentos y justificaciones, que el tribunal debe, sin prejuzgar el asunto, emitir un juicio. De hecho, el profesor Manuel Ortells explica que *“esa exigencia no puede llevarse hasta el extremo de que el material (alegaciones, pruebas) que el tribunal deba tomar en consideración para otorgar la medida, tenga que ser el mismo que el necesario para resolver sobre el objeto del proceso principal. De ser así se incurriría en una duplicación de la instrucción, pero, sobre todo, la medida cautelar no podría cumplir la función que tiene encomendada, pues se reproduciría a su respecto la dificultad que está destinada a superar.”¹³*

De esta definición de apariencia de buen derecho podemos extraer alguna conclusión. Por un lado, observamos que la ley exige que las pruebas sean documentales, lo que nos hace cuestionarnos si pueden fundarse en otros motivos, como testificales. Cierta parte de la doctrina procesalista reconoce que los tribunales pueden llegar a apreciar este requisito cuando es fundamentado a través de otro medio, pero sería de manera excepcional.

Por otro lado, al igual que se requiere en el requisito de peligro de mora procesal, es el solicitante de la medida cautelar quién tiene que probar la existencia de este requisito, lo cual implica un cierto grado de probabilidad o certeza, y no un grado total.

Para finalizar, el tercer y último requisito que exige la ley de enjuiciamiento civil para las medidas cautelares es la **prestación de caución**, prestación obligatoria para poder responder de los posible daños y perjuicios que se ocasionasen en el caso de adoptar las medidas cautelares. Así, el tercer apartado del artículo 728 reza así: *“Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución 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.”*

Así mismo, será el Tribunal quién fije el momento de la prestación de la caución y la cuantía de la misma, pues así lo establece la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo

¹² En el mismo sentido se pronuncian la Audiencia Provincial de Barcelona, en su auto número 269/2019, de 2 de octubre y la Audiencia Provincial de Madrid, en su auto número 313/2018 de 27 de diciembre.

¹³ Ortells, M; “Tutela judicial cautelar”; en Ortells, M; *Derecho procesal civil*; Thomson Reuters; Madrid, 2016, pág 8.

737. Este establece que *“la prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada. El tribunal decidirá, mediante providencia, sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la caución.”*

En este sentido, Vicente Pérez Gaudí, acerca de este requisito, explica que *“la finalidad de la caución es asegurar los daños y perjuicios que se pueda causar al demandado por la adopción de la medida cautelar para el caso en que ésta sea alzada por cualquier causa. Una cuestión distinta es que pueda cuantificarse la misma teniendo en cuenta los escasos perjuicios que ocasionara la medida cautelar adoptada debido a la posible revalorización del bien, pero en ningún caso ello puede implicar una exención de su constitución.”*¹⁴

Es decir, el requisito de la caución es una contramedida que tiene una doble finalidad: por un lado, busca disuadir la petición de medidas cautelares injustificadas; pero por otro lado, busca dejar sin efecto las posibles consecuencias perjudiciales que la medida cautelar puede tener en el patrimonio del demandado. En este último, lo que busca la caución es que en el hipotético caso de que finalmente el juez dicte sentencia desestimatoria contra el demandante, la medida cautelar puede haber originado un daño para el demandado. La caución, en cierta medida, es una reparación anticipada de dicho daño, pero solo en el caso de que se trate de una sentencia desestimatoria.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Cáceres, en su auto número 164/2017, de 1 de diciembre, explica que los mencionados anteriormente son los requisitos que debe apreciar un tribunal a la hora de juzgar la adopción de medidas cautelares. Así, establece que *consiguientemente -y, conforme al tenor del artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -, son tres los presupuestos que el Tribunal ha de evaluar al efecto de decidir sobre la oportunidad de la adopción de las Medidas Cautelares que se hubieran interesado: en primer término, el "periculum in mora" o peligro por la mora procesal; en segundo lugar, el "fumus boni iuris" o apariencia de buen derecho en la pretensión del demandante, y, finalmente, que el solicitante de las Medidas Cautelares preste caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de las mismas pudiera causar al demandado”*.¹⁵

¹⁴ Pérez Daudí V; “Los criterios de admisión y denegación de las medidas cautelares en las recientes resoluciones de la AP de Barcelona”; *Justicia, revista de derecho procesal*; vol 1-2; 2009, pág 213.

¹⁵ En el mismo sentido se han pronunciado la Audiencia Provincial de la Rioja, en su auto número 62/2009, de 5 de junio; y la Audiencia Provincial de Baleares, en su auto número 12/2003 de 5 de febrero.

2.4 Medidas cautelares inaudita parte.

Las medidas cautelares tienen que ser solicitadas por el demandante, y de manera general, se permitirá al demandado defenderse y presentar pruebas y alegaciones en contra de las presentadas por el demandante. Así lo establece el artículo 733.1 de la ley de enjuiciamiento civil, que establece que *“como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.”*

Sin embargo, y como medida excepcional, en el escrito de solicitud de medidas cautelares, el demandante puede pedir audiencia sin la parte contraria, también conocido como inaudita parte. Esta excepción encuentra su fundamento legal en el apartado segundo del artículo 733 de la ley de enjuiciamiento civil, el cual dice que *“cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.”*

Lo importante de este procedimiento, inusual en nuestro ordenamiento jurídico, pues no se le da la oportunidad de defenderse al demandado, lo que podría llevar a pensar en una vulneración de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española, es el carácter de urgencia. Este presupuesto, indispensable y básico para la adopción de este tipo de medidas cautelares, tiene su fundamento en una doble posición: por un lado, que la pendencia del proceso pueda hacer desaparecer la pretensión del demandante, por lo que no hay tiempo para dar traslado de este procedimiento al demandado. Por otro lado, que exista una posibilidad de que el demandante, en el caso de que conozca del procedimiento de medidas cautelares, proceda a realizar actuaciones que dificulten o impidan al demandante ejercer su pretensión, como por ejemplo, hacer desaparecer todos sus bienes.

Además, el juicio sobre esta medida excepcional deberá ser aparte del juicio de concurrencia de los requisitos. Es decir, el hecho de que la medida cautelar se pueda adoptar inaudita parte conlleva que el tribunal correspondiente haga un juicio sobre esta medida. Una vez determinado si se puede adoptar la medida cautelar, el tribunal procederá a realizar el juicio ordinario de toda medida cautelar, donde revisará la concurrencia de

los requisitos de peligro de mora procesal, apariencia de buen derecho y prestación de caución.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su auto 66/2010, de 22 de abril, establece “*se está exigiendo al tribunal un juicio preliminar de urgencia, o bien de peligro de ineficacia de la medida, como presupuesto habilitante para adoptarla por esta vía excepcional, juicio que será necesariamente primario o previo al examen de los requisitos generales para la adopción de la medida (el fumus boni iuris y el periculum in mora), debiendo razonarse por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.*”

Se puede observar que las medidas cautelares inaudita parte conllevan un debate que doctrina y jurisprudencia han mantenido durante los últimos años. Por un lado, nos encontramos a aquellos que defienden que este tipo de medidas cautelares son una vulneración de la tutela judicial efectiva, derecho imprescindible de cualquier estado democrático, puesto que no se da la oportunidad de defenderse al demandado.

Sin embargo, por otro lado, nos encontramos con aquellas personas que basan su defensa en el requisito de la urgencia, donde la pendencia del proceso o las actuaciones del demandado pueden llevar al demandante a ver frustrado su derecho o pretensión. De esta manera, se crean este tipo de medidas para proteger al demandante.

En mi opinión, la existencia o no de este tipo de medidas provocaría una indefensión en ambas partes: si existen, al demandado; si no existiesen, al demandante. La indefensión que se produce al demandado es mucho menor, pues en algunos casos verá que se adoptan estas medidas, muy concretas y con unos requisitos muy fijados; y otras veces los tribunales no apreciarán estos requisitos. Si en cambio no se adoptasen en ninguna circunstancia, el demandante puede ver frustrado su derecho en un mayor número de veces, y en mayor medida. Es por eso por lo que pienso que gozan de justificación jurídica estas medidas, en tanto que protegen los derechos del demandante y solamente se adoptan en circunstancias muy excepcionales.

3. EL PELIGRO DE MORA PROCESAL.

3.1 Concepto y fin del peligro de mora procesal.

Como se ha establecido antes, el concepto de peligro de mora procesal, o periculum in mora, viene recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así el artículo 728.1 establece

que “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.

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.”

Por tanto, analizando esta definición, podemos entender el porqué de este requisito. Si lo que la ley busca con las medidas cautelares, tal y como se ha dicho en el punto de justificación de las mismas, es buscar la tutela judicial efectiva real, que no se produzca la indefensión, tiene sentido que uno de los requisitos necesarios para la adopción de estas sea el peligro de que en efecto se pueda producir dicha indefensión.

Manuel Ortells define el peligro de mora procesal, o *periculum in mora*, como “*el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal, riesgo que puede surgir con ocasión de la necesaria dilación temporal para la emisión de la sentencia que conceda aquella tutela.*”¹⁶

En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, en su auto número 136/2004, de 27 de abril, establece que “*los presupuestos esenciales de la medida cautelar vendrían constituidos por el periculum in mora, o peligro por la mora procesal. Dato objetivo, la ley sólo exige en quien las solicite que justifique que, en el caso de que trate podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adaptarse las medidas interesadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual Sentencia estimatoria, así pues no se protege la ejecución propiamente dicha, sino la efectividad de la Sentencia, es decir, que no pudiera cumplirse con lo resuelto, poniendo en peligro la tutela procesal del derecho que el solicitante de la medida se propone ejercitar.*”

Otra manera de definir el peligro de mora procesal, en aras de entender todas las posibilidades existentes que maneja nuestra jurisprudencia, viene establecido por el auto número 101/2018, de 31 de julio, de la Audiencia Provincial de Álava, definiendo el

¹⁶ Ortells, M; “Tutela judicial cautelar”; en Ortells, M; *Derecho procesal civil*; Thomson Reuters; Madrid, 2016, pág 5.

peligro de mora procesal de la siguiente manera: *“el peligro consiste en la presumible dificultad o impracticabilidad de lograr aquello que en la resolución se reconozca tener derecho a obtener, precisamente por producirse en un momento en el cual carezca total o parcialmente de sentido, de valor, o de virtudes propiamente satisfactorias, y cuya consecución sería hoy todavía posible. Ante la solicitud de cualquier medida, el Juez ha de comprobar y decidir fundadamente, si para posibilitar o asegurar la ejecución es únicamente eficaz la actuación solicitada.”*

La Audiencia Provincial de Madrid, en su auto de 23 de octubre de 2015, explica que el peligro de mora procesal o *periculum in mora* consiste en *“el peligro de un daño inmediato o irreparable determinado por el retraso en recibir la prestación o el riesgo de que la ejecución sea difícil o imposible cuando proceda.”* En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia, en su auto número 28/2002, de 11 de febrero, donde define el peligro de mora procesal como *“el temor de la causación de un daño jurídico, al perjuicio que se pueda causar a un derecho, lo que hace necesario con urgencia la adopción de la medida cautelar.”*

Así pues, será el Tribunal quién valore si de verdad existe dicho riesgo y quién adopte las medidas necesarias para pararlo, y así no se produzca la indefensión. La Audiencia Provincial de Madrid, en su auto número 313/2018, de 27 de diciembre, resalta la importancia de este requisito y su finalidad. Así, establece que *“el peligro por mora procesal -periculum in mora- tiende no sólo a impedir la desaparición de los medios necesarios para la ejecución forzosa (finalidad aseguraría), sino también a proteger contra la prolongación de un juicio que puede producir un grado de insatisfacción continuada y que, en ocasiones, cuando llega a la fase ejecutiva, ya no puede ser amparada en condiciones de plena efectividad.”*

La finalidad de las medidas cautelares y la definición del peligro de mora procesal están perfectamente explicados en el auto de la Audiencia Provincial de Tarragona número 21/2011 de 11 de febrero, donde establece: *“el art. 728.1 L.Enj.Civil , establece que el solicitante de las medidas cautelares deberá justificar en cada caso, que de no adoptarse las medidas cautelares podrían producirse durante la pendencia del proceso, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. El periculum in mora constituye el fundamento de toda medida cautelar. Viene a contrarrestar o evitar no al daño jurídico -tutelado por lo general con el proceso ordinario- sino al peligro de ulterior daño marginal derivado de*

la lentitud del proceso. Se trata, pues, de que el elemento tiempo, consustancial con todo proceso, no altere el estado de hecho que debe ser mantenido durante la sustanciación del proceso. (...) El peligro por mora procesal tiende no sólo a impedir la desaparición de los medios necesarios para la ejecución forzosa (finalidad asegurativa), sino también a proteger contra la prolongación de un juicio que puede producir un grado de insatisfacción continuada y que, en ocasiones, cuando llega a la fase ejecutiva, ya no puede ser amparada en condiciones de plena efectividad.”

En conclusión, con respecto a este apartado, queda claro que el peligro de mora procesal es un requisito absoluto e imprescindible para tomar en cuenta a la hora de adoptar las medidas cautelares, pues sin él, dichas medidas cautelares no se podrían adoptar. Así mismo, es el requisito que más debate ha llegado a originar en el seno de la jurisprudencia y doctrina española.

3.2 Presupuestos para su adopción.

El “peligro” dentro del “peligro de mora procesal” es el concepto jurídico que más jurisprudencia y controversia ha producido en los últimos años. Tanto los tribunales como la doctrina han ido buscando la forma de cómo poder encuadrar el peligro dentro de un concepto bien definido. Hoy en día siguen sin ponerse de acuerdo salvo en que el peligro es casuístico, es decir, depende del caso y del momento. En otros asuntos en los que también se han puesto de acuerdo es en una serie de presupuestos que todo peligro en mora debe tener.

De hecho, ha llegado a ser considerado el requisito principal de las medidas cautelares, como por ejemplo, la Audiencia Provincial de Tarragona, en su auto de 5 de julio de 2006, destaca que *“el más importante requisito para que la medida cautelar sea adoptada es que exista un «periculum in mora», un riesgo real de que, mientras se sustancia el proceso de declaración, el demandado pueda intentar maniobras fraudulentas que pongan en peligro o hagan imposible una futura ejecución. La efectiva existencia de periculum in mora es la causa o fundamento que autoriza la adopción de cualquier medida cautelar, ya que no se presume, ni se sobreentiende.”*

El primero de ellos es la **objetividad**, o carácter objetivo. El peligro de mora procesal es aquella probabilidad concreta de que el peligro ocurra, y no solo el pensamiento, temor o creencia de la parte que lo pida. Es decir, es necesario que exista un peligro objetivo que

cualquier persona interprete como peligro, y, por tanto, que no dependa solo de las creencias subjetivas de la parte solicitante.

La Audiencia Provincial de Madrid, en su auto número 22/2015 de 30 de enero, en términos de objetividad del peligro, explica que dicho peligro *“pudiera provenir tanto del demandado como de terceros o estar desprovisto de toda atribución subjetiva, en tanto que este requisito se configura en términos objetivos, bastando con la mera probabilidad de que se vayan a producir durante la tramitación del proceso acontecimientos que interfieran en la eficacia de la tutela que en su día pudiera otorgarse. (...) puede revelarse, precisamente, por el comportamiento de los demandados en su condición de tales.”*

De hecho, es importante este requisito en términos de apreciación por parte del tribunal de las medidas cautelares. Cuando el tribunal juzgue la actuación del demandante, previa a la solicitud de las medidas cautelares, puede ocurrir o bien que el demandante, en el mismo momento que conoció del peligro, acudió a los tribunales para solicitar dicha medida cautelar; o bien, consintiese dicha actuación del demandando, prolongando la situación indefinidamente, y sin causa justificada. De esta manera, si el tribunal observa que concurre la segunda conducta, negará la solicitud de la medida cautelar al demandante, aun apreciando el resto de los requisitos.

En este sentido, es verdaderamente reseñable el Auto del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2002 donde establece que *“la existencia del peligro de mora, requisito esencial para la adopción de la medida cautelar solicitada, se configura con un carácter objetivo, como una probabilidad concreta de peligro para la efectividad de la resolución que se dicte, no en términos subjetivistas de creencia o temor del solicitante en la existencia del peligro.”*

En el mismo sentido se pronuncia de Audiencia Provincial de Barcelona, en su auto número 195/2004, de 18 de octubre, donde en un caso de embargo preventivo de bienes solicitado como medida cautelar establece que *“no se requiere inexcusablemente que se demuestre que la parte demandada se encuentra ya en una situación efectiva de insolvencia, bastando a tales efectos con que concurra un peligro objetivo o con visos de verosimilitud de que se vaya a producir una ocultación, pérdida o distracción de los bienes, que no es otra cosa que el hecho de que los mismos puedan disiparse.”*

Esta misma Audiencia de Barcelona, en un auto posterior número 85/2005 de 5 de mayo, deja claro que *“la existencia del peligro de mora, requisito esencial para la adopción de la medida cautelar solicitada, se configura con un carácter objetivo, como una probabilidad concreta de peligro para la efectividad de la resolución que se dicte, no en términos subjetivistas de creencia o temor del solicitante en la existencia del peligro. Así en el supuesto que nos ocupa será la contrastación de la existencia o no de situaciones que impidan o dificulten la declaración correspondiente en la causa principal la que determinará el éxito o no de la impugnación que nos ocupa por parte del tribunal, al cual le corresponde, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario del fundamento de la medida acordada.”*

En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia, en su auto número 305/2017, de 9 de mayo, al explicar la objetividad y la concreción del peligro de mora procesal. Expone que *“para la válida adopción de la medida cautelar debe acreditarse la existencia de un peligro que la medida cautelar pretende evitar. Para que se estime que concurre este requisito es necesario acreditar, no sólo que objetivamente o en abstracto existe un riesgo de transmisión que perjudicaría los derechos del actor, sino que subjetivamente o en concreto concurre esa posibilidad, deducida de la conducta de la demandada. Es decir, hay que acreditar que existe un riesgo "real y cierto". La parte actora expone que existe un peligro de mora procesal que podríamos denominar "impropio" consistente en el pago de cantidades indebidas durante la tramitación del procedimiento.”*

Hay que añadir a esto que el riesgo no implica la no actuación de nadie, sino que puede traducirse o bien en un riesgo por parte de terceras personas o cosas; o bien un riesgo que puede producir el demandado o demandante (persona contra quién se solicite las medidas cautelares). Así lo establece la Audiencia Provincial de Valencia, en su auto número 65/2012, de 3 de abril, donde establece: *“Así, el requisito más importante para que una medida cautelar sea adoptada, es que exista un riesgo real de que, mientras se sustancia el proceso de declaración, el demandado pueda intentar maniobras fraudulentas que pongan en peligro o hagan imposible una futura ejecución.”*

En segundo lugar, un requisito imprescindible del peligro en la mora procesal es que el peligro no sea abstracto, sino que el solicitante debe **concretar** cuál es el riesgo que se produce en caso de no adoptar las medidas cautelares. Es decir, el solicitante de las

medidas cautelares lo que no puede es pedir unas medidas cautelares en base a un “peligro que se pueda producir”, sino que debe concretar el tipo de peligro que hay.

Así lo deja recogido bien claro la Audiencia Provincial de Valencia, en su auto número 65/2012, de 3 de abril, donde establece que *“el riesgo que con la cautela se pretende conjurar no ha de ser un riesgo abstracto, algo que podría suceder en cualquier caso y respecto de cualquier deudor, sino un riesgo o peligro concreto y valorable en el supuesto sometido a la decisión judicial. Por ejemplo, si se reclama el pago de una suma de dinero, el retraso pertinaz en el cumplimiento de otras obligaciones, sea con el mismo solicitante de la medida, sea respecto de otros acreedores, o la pendencia de diversas reclamaciones judiciales, o bien los indicios de despatrimonialización de los pretendidos deudores, o la realización de actos indiciarios de dicha despatrimonialización, o el descenso apreciable en el nivel de su actividad, la resolución de contratos, o, en fin, cualquier elemento que sea indicativo de la probabilidad o, al menos, seria verosimilitud de que se pueda incurrir en poco tiempo, si no se ha incurrido ya, en alguna causa que aboque a la disminución sustancial o desaparición del patrimonio del demandado.”*

En analogía a lo que establece el auto de la Audiencia Provincial de Valencia, se pronuncia la Audiencia Provincial de Asturias, en su auto número 54/2007, de 7 de mayo, donde establece que *“la simple invocación del peligro de ineffectividad de la tutela judicial, consecuencia inevitable de la duración del proceso donde se presta, no es suficiente para conceder una cautela; muy al contrario el peligro debe ser entendido como fundada probabilidad de un evento lesivo y no como simple posibilidad de un daño.”*

También la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en su auto 45/2004 de 25 de mayo, explica el porqué de la concreción del peligro de mora procesal. Así, explica que *“el art. 728.1 LEC impone al solicitante que justifique el peligro de mora procesal, y en este caso no se ha cumplido con esta exigencia, pues la parte ahora apelada no acredita hechos que revelen un peligro de ineficacia futura de una sentencia estimatoria de sus pretensiones, peligro que debe ser actual y concreto, pues la abstracción en relación a la posibilidad de que tras obtener una sentencia estimatoria la misma sea de difícil o imposible ejecución se da en todos los procedimientos judiciales.”*

Por último, el Tribunal Supremo en su auto de 15 de octubre de 2014, explica un caso concreto en el que la parte demandante no consigue probar el peligro de mora procesal.

Así, establece que *“las entidades mercantiles no acompañan ningún dato ni razonamiento específico sobre el caso concreto que fundamente su petición. Las recurrentes únicamente hacen mención a la apariencia de buen derecho y a la mora procesal pero no justifican ni acreditan en forma alguna los perjuicios de imposible reparación que les sobrevendrían de la aplicación de las disposiciones impugnadas, limitándose a ofrecer una escuetísima invocación de los conceptos que hemos reseñado, lo que resulta manifiestamente insuficiente para obtener la suspensión de una disposición general, que cuenta con la presunción de legalidad mientras no se resuelva judicialmente otra cosa.”*

Así, la profesora Gutiérrez Barrenengoa establece, con respecto a la justificación de este requisito en la suspensión de acuerdos sociales, que *“en el caso de la medida cautelar de suspensión de acuerdos sociales, el periculum in mora, es decir, el riesgo de la ineffectividad de la tutela judicial del socio que la pretende debe referirse a la irreversibilidad de los eventuales efectos lesivos consecuencia del acuerdo impugnado. La concreta probabilidad de peligro para la efectividad de la eventual sentencia estimatoria debe ser justificada por el solicitante. Es posible que en muchos casos se pueda probar documentalmente, pero nada impide al solicitante servirse de cualesquiera medios de prueba.”*¹⁷

En el mismo sentido lo explica Manuel Ortells. De esta manera, expone que *“la concreta probabilidad de peligro para la efectividad de la sentencia ha de ser justificada para la concesión de la medida cautelar. Salvo normas especiales para ciertas medidas, el periculum ni se presume, ni se vincula a supuestos típicos, sino que ha de ser concretamente demostrado.”*¹⁸

Por otro lado, los abogados procesalistas de Uría, Jaime Folguera y Borja Martínez, explican que *“el periculum in mora ni se presume ni se sobreentiende, sino que debe quedar acreditado en el procedimiento. En este sentido, no obstante, el Juez goza de absoluta libertad para apreciar en el caso concreto la concurrencia de esta circunstancia y conceder o denegar la medida solicitada. En este sentido, la LEC no establece un catálogo predeterminado ni una limitación legal de las situaciones de peligro respecto a*

¹⁷ Gutiérrez Barrenengoa, A; “La impugnación de los acuerdos sociales en la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Especial referencia a las medidas cautelares.” En Ginés Castellet, N; Llebaría Samper, S; *Derecho de Sociedades. Congreso UNIJÉS*; Bosch, Barcelona, 2008; pág. 73.

¹⁸ Ortells, M; “Tutela judicial cautelar”; en Ortells, M; *Derecho procesal civil*; Thomson Reuters; Madrid, 2016, pág 6.

las que cabe presumir ex lege la existencia del peligro de la mora procesal. Por este motivo, el Juez o Tribunal debe atender en cada caso a las circunstancias concretas para resolver sobre la concurrencia del mismo”¹⁹

Este requisito de la abstracción del peligro se liga con el siguiente, y también muy importante, requisito de **probatoria de las medidas cautelares por parte del solicitante**. La persona que solicita las medidas cautelares debe acreditar mediante pruebas el peligro al que se hace referencia en los párrafos anteriores. Es decir, debe aportar la suficiente evidencia de que en caso de que no se adopte la medida cautelar correspondiente se produzca la falta de tutela judicial efectiva.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Sevilla, en su auto número 113/2010, de 14 de mayo, establece que *“el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece como requisito ineludible para que puedan adoptarse medidas cautelares que el que lo solicita justifique que en el caso concreto, de no adoptarse las medidas que se piden, puedan producirse durante la pendencia del proceso situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. No basta por tanto el impago de la deuda, puesto que tal situación es común a todas las demandas en reclamación de cantidad, ni la sola existencia de mora procesal que inevitablemente concurre en todas las reclamaciones que han de resolverse por vía judicial, sino que es preciso que se pruebe la existencia de una especial situación de peligro, lo que doctrinalmente ha venido llamándose periculum in mora, denominación que la ley traduce como peligro por la mora procesal.”*

Se puede observar cómo la Audiencia Provincial de Sevilla destaca dos puntos importantes. El primero de ellos es que el solicitante debe justificar que en el caso concreto de no adoptarse las medidas correspondientes se produzca la situación de pendencia. Es decir, como se ha explicado antes, el solicitante de las medidas cautelares debe probar y aportar la suficiente evidencia para que el tribunal adopte las medidas cautelares.

Vicente Pérez Daudí establece, con respecto a este requisito, que *“los actos concretos de periculum derivan de la actuación del demandado, cuestión que es de imposible prueba. Por ello debe bastar con la mera posibilidad de que se realicen. Además, la adopción de*

¹⁹ Folguera Crespo, J; Martínez Corral, B; “Las normas de defensa de la competencia: medidas cautelares en su aplicación judicial directa”; *Revista Uría Menéndez*. Pág. 3

la medida sólo sería perjudicial para el caso en que se transmitiera el bien, supuesto en el que se debería estimar acreditado concretamente el periculum in mora. Por ello entiendo que debe bastar con probar sólo que existe la posibilidad de que la duración del proceso ponga en peligro su efectividad, sin tener que acreditar que efectivamente se va a producir dicha actividad.”²⁰

Por tanto, es importante que el Tribunal entienda que una acreditación al completo es prácticamente imposible. Muchas de las medidas cautelares que se piden son en base a la posible actuación del demandado, para que este no trate de hacer desaparecer sus bienes cuando son objeto de la pretensión principal. Generalmente, esta actuación del demandado aún no se ha producido, por lo que debe ser el tribunal quien emita un juicio de probabilidad y estime o desestime las medidas cautelares en función de la posibilidad que tiene el demandado de hacer desaparecer sus bienes.

El segundo punto importante que marca este auto es el de qué debe probar el solicitante. Como se puede observar, al final del párrafo, la audiencia hace una valoración del tipo de peligro que se debe acreditar. No basta cualquier peligro, como el impago de deudas o el hecho de la existencia de peligro de mora procesal, sino que además se debe acreditar un peligro específico, un peligro que reúna todas las características que he citado anteriormente.

El mismo autor, Vicente Pérez Daudí, explica el problema que él encuentra en este requisito del peligro de mora procesal. Así, establece que *“este presupuesto plantea la duda de carácter práctico de si debe exigirse un grado mayor de acreditación de este presupuesto en función de si se va a adoptar una medida cautelar meramente asegurativa o anticipatoria. Hubiera sido deseable que legislativamente se hubiera regulado una exigencia distinta en función del grado de injerencia que implique la medida solicitada en la esfera jurídica del demandado.”²¹*

En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Cádiz, en su auto número 8/2010, de 12 de enero, donde establece: *“como es bien sabido, el art. 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil condiciona la admisión de las medidas cautelares a que, de no adoptarse, aparezcan situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que*

²⁰ Pérez Daudí V; “Los criterios de admisión y denegación de las medidas cautelares en las recientes resoluciones de la AP de Barcelona”; Justicia, revista de derecho procesal; vol 1-2; 2009, pág 236.

²¹ Pérez Daudí V; “Los criterios jurisprudenciales de adopción de las medidas cautelares”; Justicia, revista de derecho procesal, 2007; pág. 95

en su día pueda otorgarse a través de una sentencia eventualmente estimatoria de la pretensión principal deducida. Siendo ello así, lo cierto es que ni tales situaciones se han alegado, ni mucho menos se ha probado circunstancia alguna que lleve a pensar que la pendencia del proceso sirva para que una hipotética sentencia estimatoria no pueda ser ejecutada o se vea dificultada en alguna manera su ejecución. No existen, por tanto, riesgos ciertos para la ejecución de la pretensión principal por la dilación del proceso.”

También la Audiencia Provincial de Madrid, en su auto número 136/2004, de 27 de abril, establece “*hemos de tener en cuenta igualmente el carácter provisional de la medida cautelar, susceptible de modificación y alzamiento en cualquier momento, y que se adopta sin saber cuál va a ser el resultado final del proceso, lo que impone la necesidad de que el solicitante aporte un principio de prueba del derecho que reclama. Requiere pues que el solicitante aporte, datos, argumentos y justificantes documentales o por otros medios que conduzcan a fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión.”*

Continuando con esta línea jurisprudencial, la Audiencia Provincial de Valladolid, en su auto 104/2007, de 23 de mayo, habla de la exigibilidad que se le puede pedir al demandante. Por ello, entiende “*que con este requisito no se trata de exigir al solicitante una probanza cierta e incontestable sobre la realidad del peligro de la mora procesal sino de que aporte datos y elementos de juicio por los que razonablemente el juzgador pueda colegir la existencia de un riesgo que previsiblemente podría hacer ineficaz la ejecución de una eventual sentencia favorable a las pretensiones del demandante.”*

En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Murcia, pues establece en su auto 10/2009, de 17 de febrero, que *para la adopción de medidas cautelares el peligro por la mora procesal debe estar justificado adecuadamente, y no se trate de una mera pretensión dejada al arbitrio del demandante. De tal forma que como señala nuestro auto de 5/7/05 Rollo 139/05 la interpretación del citado art. exige una aplicación restrictiva, exigiéndose de quién la solicita justifique que el demandado impedirá o dificultará la tutela judicial por efecto de la mora procesal.”*

El procesalista Guillermo Ormazabal Sánchez explica cuál debería ser el grado de certeza de prueba que aporte el justificante de las medidas cautelares en dicho proceso. Expone que «*justificar*» no significa lo mismo que «*probar*». En ambos casos se trata de aportar certeza, pero la exigencia o estándar son diferentes en uno y otro supuesto. Para estimar

la pretensión principal es preciso probar sus hechos constitutivos. Para estimar la pretensión cautelar basta con «justificar» la situación de peligro (además de la apariencia de buen derecho). La justificación entraña un nivel de certeza o convencimiento inferior a la prueba en sentido estricto, es decir, un estándar cercano o próximo a la plausibilidad o probabilidad cualificada, pero diferente a la certeza excluyente de dudas razonables, tal como usualmente se predica de la prueba. Exacerbar la exigencia de acreditación aproximando el primer estándar al segundo sería tanto como pretender en el proceso cautelar una cognición que precisaría un tiempo y esfuerzo procesal que podrían hacer inútil la consecución de las medidas. La prestación de una caución y la posibilidad atemporal de alzamiento, sustitución o modificación propia de las medidas está destinada a compensar este menor rigor en la acreditación.»²²

En un cierto mismo sentido se pronuncia la profesora Ana Montesinos García, que expone que *“la constatación indiciaria de la infracción o el temor racional y fundado de que ésta va a producirse de un modo inminente conlleva la existencia de un juicio de probabilidad provisional a favor del solicitante de la medida cautelar, pero sin necesitarse todavía un convencimiento absoluto por parte del juez. Esto supone que ha de permitir al tribunal extraer un "juicio provisional e indiciario favorable" al fundamento de las pretensiones del demandante, pero sin que quepa exigir para decidir, una prueba plena ni una certeza o resolución anticipada del litigio o una valoración fáctica y jurídica completa propia de la sentencia.”*²³

En conclusión, el solicitante de las medidas cautelares debe realizar una labor probatoria exhaustiva, aportando datos y justificantes de que en el caso de la no adopción de medidas cautelares se vulnerará su derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, advierten los tribunales que no cualquier riesgo es susceptible de ser considerado suficiente como para entender que existe peligro de mora procesal. Solamente aquellos que cumplan las características jurisprudenciales serán susceptibles de adopción.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en su auto de 3 de mayo de 2002, establece que *“la existencia del peligro de mora, requisito esencial para la adopción de la medida cautelar solicitada, se configura con un carácter objetivo, como una probabilidad concreta de*

²² Ormazabal Sánchez, G; “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”; Ed. Aranzadi; Madrid, 2011. BIB 2011\591

²³ Montesinos García, A; “Las medidas cautelares en el ámbito de la propiedad intelectual”; Revista general Iustel de derecho procesal; Vol. 40; 2016; pág. 9.

peligro para la efectividad de la resolución que se dicte, no en términos subjetivistas de creencia o temor del solicitante en la existencia del peligro. Fundada la presente solicitud en el temor de enajenación por el recurrido de sus bienes con la consiguiente insolvencia del mismo para hacer frente a la eventual condena dineraria que pudiera imponérsele en la sentencia que ponga fin a este recurso de casación, la parte solicitante no ha aportado prueba alguna que permita atribuir al recurrido, sujeto pasivo de la medida solicitada, una conducta indicadora de su propósito de colocarse en una situación de insolvencia.”

Sin embargo, todo con el debido respeto y la búsqueda de la tutela judicial efectiva a la que siempre hacen referencia las medidas cautelares. El auto número 202/2015, de 25 de junio, de la Audiencia Provincial de las Palmas, establece con respecto a la probatoria por parte del demandante *“que es cierto que el peligro de la mora procesal exige la concurrencia de un riesgo concreto, no abstracto, de frustración de la efectividad de una eventual sentencia condenatoria, pero no lo es en cambio que ese riesgo sólo pueda acreditarse mediante la demostración de actos -dolosos- de ocultación patrimonial que pueda haber desarrollado el deudor. Dicho de otra forma, aun cuando aquel riesgo provenga de circunstancias no imputables a mala fe o negligencia del deudor, la tutela cautelar puede también ser concedida.”*

Además, no es solamente importante que deba probar el hecho de que existen los indicios suficientes para la existencia de este peligro que permita adoptar las medidas cautelares, sino que el demandante no puede haber consentido durante largo tiempo la situación. Así lo establece el párrafo segundo del artículo 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, explicando que *“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.”*

Me apoyo en la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra número 452/2013, de 4 de diciembre; para explicar esta obligación legal. Así, dicha Audiencia establece que con respecto a esto explica que *“en consecuencia, cabe ratificar el criterio de la falta de concurrencia del requisito del "periculum in mora" de la resolución impugnada, aun cuando no se comparta el argumento de la pretensión de la alteración de **la situación de hecho consentida por la solicitante durante largo tiempo** (consistente en la tolerancia en la aplicación de la cláusula suelo por el Banco), por cuanto ha sido tras las recientes resoluciones judiciales sobre la declaración de nulidad, por abusiva, de dicha cláusula*

y su repercusión mediática cuando se ha planteado la solicitud de las medidas cautelares.”

En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia número 575/2006, de 13 de septiembre, en el que establece que no se puede adoptar una medida cautelar en base a la aceptación de la situación de hecho por parte del demandante. Es por ello por lo que explica que *“el requisito de peligro de la mora entendemos no concurre en el caso de autos, pues, como razonadamente expresa la juzgadora de instancia, han transcurrido más de cuatro meses desde la emisión de las declaraciones en que se funda la demanda principal, sin que durante dicho tiempo se haya producido otra declaración o manifestación en los términos de aquella.”*

Hay que tener cuidado con la situación de hecho consentida por el demandante. Es importante tenerlo en cuenta pues llega a ser una de las mayores razones por las que no se adopta una medida cautelar. Así lo establece, además de las ya explicadas, la Audiencia Provincial de Valencia, en su auto número 252/2007, de 19 de noviembre, donde no adoptan una medida cautelar al no apreciar peligro de mora procesal porque *“la situación de hecho creada por la inscripción de la finca en el Registro a favor de la demandada data de 1992, han transcurrido más de 15 años sin que la demandante haya instado la acción declarativa de dominio, sin que se justifique en este incidente cuando tuvo conocimiento de que el inmueble estaba inscrito a favor de la Generalitat.”* Es decir, que la situación de la inscripción de la finca en el registro durante más de 15 años se considera consentida por el demandante en tanto que no instó acción de dominio hasta ese momento.

Un apunte interesante es el que realiza el profesor Álvarez Sánchez de Movellán, pues extiende el concepto de peligro a una parte esencial de lo que el demandante pide. Así, en su libro, explica que *“es evidente que el peligro en la mora procesal que sustente la adopción de una medida cautelar lo tendrá que ser sobre cuestiones de carácter esencial o determinante que efectivamente puedan sustentar una impugnación de acuerdos sociales.”*²⁴

De hecho, es tan destacada la presencia del peligro de mora procesal en las medidas cautelares que, en el caso de que dicho peligro cese, se podrá levantar dicha medida

²⁴ Álvarez Sánchez de Movellán, P; “Las medidas cautelares y el proceso de impugnación de acuerdos sociales”; en Álvarez Sánchez de Movellán, *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales*; Dykinson, Madrid, 2015; pág. 219.

cautelar. Así lo establece el Auto del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2019, que establece que *“la puesta de manifiesto de la falta de peligro por la mora procesal justifica el levantamiento de la medida.”*

Es importante analizar la conducta de los demandados para observar si la misma conlleva la apreciación del peligro de mora procesal como medida cautelar. Así lo establece, entre otros, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 22/2015, de 30 de enero, explicando que *“a la hora de valorar si cabe el riesgo de que se plantee durante la pendencia del proceso una situación que pudiera comprometer la efectividad de una futura sentencia condenatoria, este tribunal ha señalado en resoluciones precedentes que **el peligro por la mora procesal**, en el marco del ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores, **puede revelarse, precisamente, por el comportamiento de los demandados en su condición de tales**, pues la forma en que hayan actuado en el tráfico en relación con la sociedad que administran puede, según las circunstancias del caso, resultar un parámetro adecuado para estimar cuál pueda ser su conducta respecto a su patrimonio personal ante la eventualidad de un pronunciamiento condenatorio que comprometiese el mismo. Es por ello que las señales de deficiente gestión por parte de los demandados y la realización por parte de los mismos de conductas que conllevan una afectación a la seguridad del tráfico mercantil derivada de su comportamiento no deben ser ignoradas.”*

Acompaña estas explicaciones el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 9 de marzo de 2005 que aprecia el requisito de peligro de mora procesal por la posible conducta del demandado al intentar vender unas fincas propiedad tanto de demandante como de demandado. Así, expone que *“no resultan dudas de que ese riesgo en el presente caso existe, **como se desprende de la tensa situación familiar** precedida de un proceso de separación matrimonial de las partes, y de los propios hechos que sustentan la acción deducida en la demanda, basada en transmisiones de fincas de D. Pedro Jesús por parte de la madre, sin la intervención del hijo afecto de una enfermedad mental. Ello presenta **una situación de evidente peligro objetivo de que de no adoptarse la medida de anotación preventiva de la demanda pudieran efectuarse nuevas transmisiones a terceros de buena fe durante la pendencia del proceso que harían ineficaz la sentencia que pudiera dictarse en estos autos.”***

En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Murcia, en un auto que desestima el intento de adopción de medidas cautelares por la conducta de los

demandados, ante el supuesto intento de venta de unas fincas. Este auto número 6/2010 de 9 de febrero establece que *“no cabe sino compartir la afirmación que hace el auto apelado respecto de ese requisito o presupuesto de la medida cautelar de que "no puede admitirse sin más que el mismo venga determinado por la hipotética posibilidad de que los demandados vendan las fincas" -en ello venía a fundarse por el actor el peligro de mora procesal- y de que "la condición de extranjeros de aquellos -de los demandados-, no puede considerarse circunstancia que determine un peligro o riesgo de que la pretensión del actor pueda verse insatisfecha en caso de sentencia estimatoria" -condición de extranjeros en la que también se fundamentaba la petición de medidas cautelares-. Destacar, no obstante, que, independientemente de que los demandados hayan instado al actor para el otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa, **aquella hipotética venta supondría la percepción de un precio por los mismos y no hay prueba alguna que permita sostener que vayan a realizar actividad alguna que le lleven a un estado de insolvencia o que vayan a malbaratar sus bienes;** y ello cuando, correspondía la carga de la prueba de ese presupuesto a la parte ahora apelante.”*

Con respecto al análisis de conducta que hay que realizar hacia el demandado, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su auto número 125/2009, de 12 de mayo, es muy clara. Entiende que *“el "periculum in mora" o peligro por la mora procesal persigue asegurar el cumplimiento de una posible sentencia condenatoria. Esto es, intenta evitar que el demandado realice maniobras tendentes a desviar su patrimonio, bienes u objetos litigiosos con la intención de eludir el cumplimiento de una resolución potencialmente condenatoria.”*

En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Alicante, en su auto número 24/2016, de 22 de febrero, donde establece que en el caso que les ocupa, *“el peligro por la mora procesal vendría dado por la, al parecer, evolución negativa económica y financiera del demandado, que podría hacer inane un eventual fallo condenatorio, de no accederse a la medida de embargo solicitada.”*

Así mismo, es igual de importante que la conducta de los demandados los aspectos económicos. Así, el constitucionalista Medina Rubio establece que *“la invalidez de la adopción de la medida será conservar al recurrente en su situación jurídica evitando que se produzca ese perjuicio irreparable. No se dará esa característica de irreparabilidad del perjuicio, cuando éste se pueda traducir en términos económicos, a través de una*

indemnización por daños y perjuicios. Sin embargo, el TC ha acordado la suspensión de la ejecución excepcionalmente, en supuestos en que el pago de indemnizaciones pudiera entrañar perjuicios irreparables en atención a su cuantía.”²⁵

Como se ha explicado en apartados anteriores, la adopción de la medida cautelar debe ser correctamente examinada por el tribunal correspondiente, adoptando así la medida cautelar menos gravosa. Por ello, la Audiencia Provincial de Cáceres, en su auto número 164/2017, de 1 de diciembre, explica el peligro de mora procesal y la adopción de la medida menos gravosa. Así, establece que *“en cuanto al presupuesto del peligro por la mora procesal ("periculum in mora") entendemos que el transcurso del tiempo por la tramitación del Proceso exige la adopción de la Medida, que es la idónea teniendo en cuenta la naturaleza de la acción que ha sido ejercitada en la Demanda; y se justifica por la duda sobre la solvencia de la entidad demandada y, por ende, por la de la también demandada, hoy apelante, D^a. Amelia; de tal modo que, siendo oportuna la garantía a los efectos de que no se frustre la ejecución de la Sentencia condenatoria que, en su caso, pudiera pronunciarse, no se aprecia la existencia de otra medida menos gravosa o perjudicial para la demandada, sobre todo cuando la indicada codemandada ni siquiera ha llegado a ofrecer una caución sustitutoria. Por tanto, siendo ponderada la Medida y existiendo un evidente riesgo por la mora procesal, debe mantenerse la Medida Cautelar adoptada.”*

3.3 Tipos de peligro.

Si bien cualquier peligro es susceptible de ser valorado por los tribunales, y no existe una lista *numerus clausus* acerca de los peligros concretos que entran dentro del requisito de peligro de mora procesal, algunos tribunales se han pronunciado acerca de algunos riesgos que se están valorando constantemente por los mismos. Para ello, acudiremos a los autos de dos Audiencias Provinciales: la de Cádiz y la de Las Palmas.

La Audiencia Provincial de Cádiz, en su auto número 63/2003, de 14 de julio establece una lista de tipos de riesgos. Así, la Audiencia dice: *“Doctrinalmente se señalan como tipos de riesgos los siguientes:*

²⁵ Medina Rubio, R; “El recurso de amparo VI”; en Medina Rubio, R; González Álvarez-Bugallal; C; *Apuntes de derecho procesal constitucional*; Editorial Club Universitario, Alicante, 2013; pág. 178.

1.- *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 cumplirla.*

2.- *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.*

3.- *Riesgos que amenazarían la ineffectividad de la ejecución, en cuanto 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 en una situación irreversible.”*

4.- *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 inscrito a su favor.*

Por otro lado, se pronuncia en el mismo sentido la Audiencia Provincial de Las Palmas en su auto 109/2008, de 6 de mayo, estableciendo los mismos riesgos que la Audiencia Provincial de Cádiz.

Estos riesgos también han sido generalmente aceptados por la doctrina. En su libro “Derecho procesal civil”, en la página 7 del capítulo de “tutela judicial cautelar”, Manuel Ortells define varios tipos de riesgos, distinguiendo los siguientes²⁶:

1º) *“Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto.”* Como es el caso de que el demandante no pueda pagar por diversas razones como, por ejemplo, situación de insolvencia.

2º) *“Riesgos que amenazan a la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica.”* Es el caso de que existan determinados bienes que no pueden ser habidos, por lo que será necesario entregar el equivalente en dinero.

²⁶ Ortells M; “Tutela judicial cautelar” en Ortells, M; *Derecho Procesal Civil*; Thomson Reuters, Madrid, 2016, págs. 1-15.

3º) *“Riesgos que amenazan la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad.”* Es el caso de que la actuación del demandado conlleve ciertos daños irreparables en el bien que se pretendía tutelar, por lo que deberá procederse a la entrega de una indemnización.

4º) *“Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia.”* Claros ejemplos de esto sería la protección, por ejemplo, del patrimonio de un incapaz, o de una persona que puede llegar a ser declarada en concurso de acreedores puesto que, durante la pendencia del proceso principal, puede vender y malgastar todos sus activos, por lo que no habría nada que proteger.

5º) Por último, *“hay una clase de riesgos de ineffectividad que deriva del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia en cuanto por la naturaleza de la situación jurídica a la que la sentencia ha de referirse, ese retraso supone por sí una lesión irreversible de tal situación.”* El caso más claro es el del derecho de alimentos, donde evidentemente la espera del proceso principal puede quedarse completamente ineffectiva en el caso de que esta pensión no se vaya pasando a la persona correspondiente.

Como se puede observar, los riesgos que estas audiencias establecen no son, en ningún caso y en ninguna circunstancia, una serie de riesgos cerrados. De hecho, solamente en el primero de ellos, el que se puede titular como riesgo genérico, puede incluir una cantidad enorme de riesgos que pueden aparecer. Así pues, no cabe hacer una lista cerrada de riesgos, si no destacar los que más aparecen.

4. CONCLUSIONES.

En primer lugar, las medidas cautelares son un medio para la protección del derecho de tutela judicial efectiva regulado en el artículo 24 de la Constitución Española. Destinadas a salvaguardar la posibilidad de que se celebre el juicio, se tratan de medidas anticipatorias adoptadas por el tribunal correspondiente siempre que se justifique el fin para el que son adoptadas: la tutela judicial de un derecho.

En segundo lugar, todas las medidas cautelares tienen que cumplir con una serie de características, entre las que destacamos la instrumentalidad, característica que hemos considerado la más importante en tanto que sirve para entender cómo funcionan este tipo de medidas. Son un instrumento pues, por un lado, vigilan que se cumple con el derecho

a la tutela judicial efectiva siendo el instrumento para que no se produzca tal situación de pendencia que no permita al demandante obtener un juicio justo.

En tercer lugar, todas las medidas cautelares tienen que contar con tres requisitos para su apreciación: la prestación de caución, la apariencia de buen derecho, y el peligro de mora procesal. Este último es el requisito sobre el que versa el trabajo, habiendo realizado una labor legislativa, doctrinal y jurisprudencial sobre su definición y sus características.

En cuarto lugar, debemos precisar que estas características del peligro de mora procesal no están definidas legislativamente, por lo que es necesario acudir especialmente a la jurisprudencia para observar qué tipo de peligro tiene que acreditar el demandante, siendo este concreto, objetivo y probado, insistiendo mucho la doctrina en que la probatoria tiene que estar formada por más allá de alegaciones. Además, tanto jurisprudencial como doctrinalmente se ha creado una lista de tipos de peligro, si bien no restrictiva, exhaustiva, donde la mayoría de los peligros que se aprecian se subsumen en uno de esos tipos.

En quinto y último lugar, el peligro de mora procesal está considerado el requisito por excelencia. Si bien ni la prestación de caución ni la apariencia de buen derecho han sido interpretadas de varias maneras, el peligro de mora procesal sigue confundiendo hoy en día en tanto que la jurisprudencia sigue interpretando los tipos de peligro de nuevas maneras, pues en tanto la sociedad avanza, los peligros que se pueden producir avanzan con ella.

5. BIBLIOGRAFÍA.

Legislación:

Constitución Española de 1978.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Doctrina:

Ortells M; “Tutela judicial cautelar” en Ortells, M; *Derecho Procesal Civil*; Thomson Reuters, Madrid, 2016, págs. 1-15.

Cortés, V; “Las medidas cautelares”; en Cortés-Domínguez, V; *Derecho procesal civil parte general*; Tirant Lo Blanch; Valencia; 2017; págs. 445-466.

Folguera Crespo, J; Martínez Corral, B; “Las normas de defensa de la competencia: medidas cautelares en su aplicación judicial directa”; *Revista Uría Menéndez*.

Pérez Daudí, V; “Los criterios de admisión y denegación de las medidas cautelares en las recientes resoluciones de la AP de Barcelona”; *Justicia, revista de derecho procesal*; vol. 1-2; 2009; págs. 207-238.

Pérez Daudí, V; “Los criterios jurisprudenciales de adopción de las medidas cautelares”; *Justicia, revista de derecho procesal*; 2007; págs. 76-99.

Ormazábal Sánchez, G; “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”; *Ed. Aranzadi*; Madrid; 2011.

Cremades García, P; “Medidas cautelares en el ámbito de los derechos de la propiedad intelectual e industrial” en Moreno Martínez, J.A; *Problemática actual de la tutela civil ante la vulneración de la propiedad industrial e intelectual*; Dykinson; Madrid; 2007; 55-100.

AAVV, sección 13 capítulo 2 Memento procesal Francis Lefebvre.

Picó i Junoy, J; “Derecho a la tutela judicial efectiva” en Picó i Junoy, J; *Las garantías constitucionales del proceso*; Bosch Edition, Barcelona, 2012; págs. 55-100.

Bellido Penadés, R; “Las medidas cautelares en el proceso civil sobre la defensa en la competencia”; *Revista Iustel general de derecho procesal*; Vol. 33; 2014; págs. 1-26.

Bercovitz, A. “Las medidas cautelares en la nueva legislación sobre bienes inmateriales y Derecho de la competencia”, en Homenaje a H.Baylos. *Estudio sobre Derecho Industrial*, Grupo Español de la AIPPO, 1992. pág.53

Montesinos García, A; “Las medidas cautelares en el ámbito de la propiedad intelectual”; *Revista Iustel general de derecho procesal*; Vol. 40; 2015; págs. 1-31.

Cordón Moreno, F; “Principios de proporcionalidad y congruencia de la resolución que adopta las medidas cautelares”; *Revista Aranzadi*, número 674/2005; 2005; BIB 2005/1140

Medina Rubio, R; “El recurso de amparo VI”; en Medina Rubio, R; González Álvarez-Bugallal, C; *Apuntes de derecho procesal constitucional*; Editorial Club Universitario, Alicante, 2013; págs. 163-180.

Álvarez Sánchez de Movellán, P; “Las medidas cautelares y el proceso de impugnación de acuerdos sociales”; en Álvarez Sánchez de Movellán, *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales*; Dykinson, Madrid, 2015; págs. 197-225.

Gutiérrez Barrenengoa, A; “La impugnación de los acuerdos sociales en la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Especial referencia a las medidas cautelares.” En Ginés Castellet, N; Llebaría Samper, S; *Derecho de Sociedades. Congreso UNIJÉS*; Bosch, Barcelona, 2008; págs. 61-82.

Jurisprudencia:

Tribunal Constitucional:

Sentencia número 1992/14, de 10 de febrero.

Sentencia número 238/1992, de 17 de diciembre.

Sentencia número 210/1993, de 28 de junio.

Sentencia número 237/1991, de 12 de diciembre.

Tribunal Supremo:

Auto de 16 de mayo de 2018.

Auto de 3 de mayo de 2002

Auto de 15 de octubre de 2014.

Auto de 30 de abril de 2019.

Audiencia Provincial de Álava:

Auto número 101/2018, de 31 de julio.

Audiencia Provincial de Alicante:

Auto número 24/2016, de 22 de febrero.

Audiencia Provincial de Asturias:

Auto número 54/2007, de 7 de mayo.

Audiencia Provincial de Barcelona:

Auto número 66/2010, de 22 de abril.

Auto número 195/2004, de 18 de octubre.

Auto número 85/2005 de 5 de mayo.

Auto número 125/2009, de 12 de mayo.

Sentencia número 259/2009, de 21 de julio.

Audiencia Provincial de Cáceres:

Auto número 164/2017, de 1 de diciembre.

Audiencia Provincial de Cádiz:

Auto de 23 de marzo de 2007.

Auto número 8/2010, de 12 de enero.

Auto número 63/2003, de 14 de julio.

Audiencia Provincial de Ciudad Real:

Auto número 14/2004, de 16 de febrero.

Audiencia Provincial de Gerona:

Auto número 47/2006, de 21 de marzo.

Auto número 20/2001 de 13 de febrero.

Audiencia Provincial de Guipúzcoa:

Auto número 45/2004, de 25 de mayo.

Audiencia Provincial de Las Palmas:

Auto número 202/2015, de 25 de junio.

Auto número 109/2008, de 6 de mayo.

Audiencia Provincial de Madrid:

Auto número 187/2008, de 30 de junio.

Auto número 575/2006, de 13 de septiembre.

Auto número 136/2004, de 27 de abril.

Auto número 22/2015 de 30 de enero.

Auto número 313/2018, de 27 de diciembre.

Auto de 23 de octubre de 2015.

Auto de 15 de abril de 2002.

Audiencia Provincial de Murcia:

Auto número 10/2009, de 17 de febrero.

Auto número 6/2010 de 9 de febrero.

Audiencia Provincial de Pontevedra:

Auto número 452/2013, de 4 de diciembre.

Audiencia Provincial de Sevilla:

Auto número 113/2010, de 14 de mayo.

Auto de 9 de marzo de 2005.

Audiencia Provincial de Tarragona:

Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona número 21/2011 de 11 de febrero.

Audiencia Provincial de Valencia:

Auto número 28/2002, de 11 de febrero.

Auto número 305/2017, de 9 de mayo.

Auto número 65/2012, de 3 de abril.

Auto número 252/2007, de 19 de noviembre.

Audiencia Provincial de Valladolid:

Auto número 104/2007, de 23 de mayo.

Audiencia Provincial de Zaragoza:

Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de octubre de 2003.