

COLECCIÓN
20 años LEC 2000

La ejecución y las medidas cautelares en el proceso civil

Coordinador
Julio Banacloche Palao

- › La ejecución provisional
por *Teresa Armenta Deu*
- › La tutela cautelar en el proceso civil
por *Juan Carlos Ortiz Pradillo*
- › Las disposiciones generales sobre la ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil
por *Carmen Senés Motilla*
- › Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa
por *Bárbara Sánchez López*
- › El procedimiento hipotecario. Las ejecuciones de condena no pecuniarias
por *Jesús María González García*

■ LA LEY

COLECCIÓN
20 años LEC 2000

▪ LA LEY

La tutela cautelar en el proceso civil

Juan Carlos Ortiz Pradillo

© Juan Carlos Ortiz Pradillo, 2019

© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.com>

Primera edición: Septiembre 2019

Depósito Legal: M-25027-2019

ISBN Obra completa: 978-84-9020-795-6

ISBN versión impresa: 978-84-9020-910-3

ISBN versión electrónica: 978-84-9020-911-0

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

2. La tutela cautelar y los conflictos jurisdiccionales

En todos aquellos casos en los que puedan surgir controversias referidas a determinar si corresponde resolver a un órgano administrativo, o bien, a un órgano jurisdiccional —conflicto de jurisdicción—, así como también qué orden jurisdiccional es el competente —conflictos de competencia— o qué órgano perteneciente a dicho orden —cuestión de competencia—, resulta especialmente trascendente determinar qué órgano y en qué manera puede adoptar medidas cautelares durante la tramitación de dichos conflictos.

Así por ejemplo, y respecto a la tutela cautelar durante un conflicto de jurisdicción, hay que tener en cuenta que las leyes que regulan la actuación de los órganos administrativos en determinados sectores prevén de modo expreso el supuesto concreto de que la actividad administrativa coincida con la tramitación de un proceso jurisdiccional. No obstante, es importante distinguir entre la suspensión o no del procedimiento administrativo *principal* en caso de concurrencia con la tramitación de un proceso jurisdiccional, de aquellas otras situaciones en las que se establezca la suspensión de las medidas cautelares administrativas para el caso de dicha concurrencia.

En caso de que la intervención administrativa concorra con el orden jurisdiccional penal, y en aras a salvaguardar el principio *non bis in idem*, se establece genéricamente la suspensión del expediente administrativo hasta que el proceso jurisdiccional penal sea resuelto. O también puede suceder que la propia norma, fuera del supuesto de concurrencia con el orden jurisdiccional penal, prevea la posibilidad de que la parte inste la suspensión del procedimiento administrativo de tramitación hasta que recaiga sentencia judicial firme, sin perjuicio de que dicha suspensión fuera decretada por el órgano jurisdiccional⁽⁸⁴⁾.

No obstante, la suspensión del procedimiento administrativo no comporta, como regla general, la suspensión ni la imposibilidad de acordar medidas cautelares durante el tiempo en que dicho proceso principal se halle suspendido. Será el órgano encargado de emitir finalmente una resolución definitiva que resuelva el asunto quien deba garantizar la efectividad de di-

(84) En caso de que se hubiera interpuesto un recurso contencioso administrativo sobre la procedencia o no de la inscripción de la marca en la OEPM, ello no es óbice para que una parte pueda solicitar medidas cautelares, sin que tenga que esperar a que la jurisdicción contenciosa administrativa dicte resolución definitiva [AAP Baleares, secc. 5.^a, núm. 55/2003, de 22 de mayo].

cha resolución mediante la adopción de las medidas cautelares oportunas, y puesto que ambos órganos —el jurisdiccional y el administrativo— reclaman su competencia para resolver el asunto, ambos podrán acordar medidas provisionales durante la sustanciación del conflicto para salvaguardar el buen fin de sus respectivos procedimientos. Así se establece expresamente en el art. 11.1 LCOJ, el cual faculta a los órganos en conflicto a adoptar aquellas medidas provisionales imprescindibles para «evitar que se eluda la acción de la justicia, que se cause grave perjuicio al interés público o que se originen daños graves e irreparables».

2.1. *La generación de un conflicto de jurisdicción a consecuencia de la adopción de medidas cautelares*

Cuestión distinta es aquélla en que ambos órganos han adoptado una medida cautelar, a raíz de la cual surge un conflicto de jurisdicción (por ejemplo, si uno de ellos ha ordenado la cesación de una determinada conducta y el otro dispone su continuación, o si ambos órganos decretan un embargo preventivo sobre los mismos bienes, o el cierre temporal de un establecimiento por diferentes períodos de tiempo).

En caso de que la medida cautelar acordada por una autoridad administrativa resulte incompatible con una ordenada por un órgano jurisdiccional penal, cabe defender la preferencia penal, y por tanto, la medida judicial prevalecería sobre la administrativa.

Fuera del ámbito penal, el criterio a aplicar para resolver cuál de las medidas ha de cumplirse pudiera ser el criterio de la prioridad temporal —fecha de la diligencia del embargo—, según se establece en la legislación tributaria para el caso de concurrencia de embargos judiciales y administrativos sobre unos mismos bienes. Según dicha regulación, secundada por abundante jurisprudencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción⁽⁸⁵⁾, hay que atender al principio temporal de preferencia por razón de la fecha de la traba. Para el caso concreto en que el embargo judicial y el embargo administrativo se

(85) *Vid.*, art. 164.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. En el mismo sentido, *vid.*, art. 77 del Reglamento General de Recaudación de 2005 (Real Decreto 939/2005, de 29 de julio) o el art. 49 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio). Del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción pueden citarse, entre otras, sus Sentencias núm. 6/1986, de 9 de julio; núm. 21/1998, de 25 de marzo; o núm. 2/1999, de 8 de junio.

hubieran acordado el mismo día, habría que estarse entonces a la fecha en que el embargo hubiere sido notificado.

2.2. *La generación de un conflicto de competencias a consecuencia de la adopción de medidas cautelares*

Al igual que en los conflictos jurisdiccionales, hay que diferenciar entre la adopción de medidas cautelares durante la tramitación de un conflicto de competencias y el surgimiento de un conflicto de competencias, precisamente a resultas de la adopción de una medida cautelar.

Respecto al primer caso, y de manera similar a lo establecido en el art. 11.1 LCOJ para los casos de conflictos de jurisdicción, el art. 48.2 LOPJ establece que la suspensión de la tramitación del proceso principal no impedirá a los órganos en conflicto a adoptar aquellas medidas cautelares «cualesquiera que sean los órdenes jurisdiccionales en eventual conflicto, que tengan carácter urgente o necesario, o que, de no adoptarse, pudieran producir un quebranto irreparable o de difícil reparación». Es decir, al igual que lo señalado respecto de los conflictos de jurisdicción, durante la tramitación del conflicto de competencia cabe la posibilidad de que ambos órganos en conflicto procedan a la adopción de medidas cautelares, aún cuando los procesos tramitados ante dichos órganos estén paralizados. En todo caso, una vez que se resuelva cuál es el orden jurisdiccional al que corresponde el asunto controvertido, el órgano al que se le haya denegado su potestad para conocer del mismo deberá alzar de oficio todas aquellas medidas que hubiera acordado, si bien las medidas cautelares que hubiera adoptado el órgano declarado finalmente incompetente no han de estimarse afectadas por la nulidad de actuaciones por manifiesta falta de jurisdicción regulada en el art. 238.1 LOPJ⁽⁸⁶⁾.

Respecto al segundo supuesto, esto es, la generación de un conflicto de competencia a consecuencia de la adopción de medidas cautelares, debe advertirse que la preferencia del orden jurisdiccional penal fijada en el art. 44 LOPJ se ciñe a la responsabilidad penal, pero no alcanza ni a la responsabilidad civil, que puede ejercitarse conjunta o separadamente (art. 111 LECrim), ni a las medidas cautelares que pudieran adoptarse para asegurar la satisfacción de esta responsabilidad civil⁽⁸⁷⁾.

(86) ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, op. cit., p. 225.

(87) *Vid.*, STC 27/1995, de 6 de febrero, F.J. 5.º

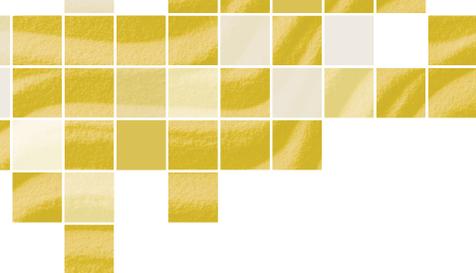
En tal supuesto, la solución al surgimiento de un conflicto de competencia entre un órgano judicial del orden jurisdiccional penal y uno de otro orden distinto, o entre órganos de órdenes jurisdiccionales distintos del penal, no pasa por atender al principio de la prioridad temporal en la adopción de la medida cautelar, sino que habrá que atender a la materia objeto de aseguramiento cautelar y a las competencias legalmente atribuidas para el asunto principal a cuyo aseguramiento atiende la medida acordada.

Un caso paradigmático del surgimiento de un conflicto de competencias a propósito de la adopción de una medida cautelar lo constituye lo resuelto por el Tribunal Supremo —Sala de Conflictos de Competencias⁽⁸⁸⁾— en su Auto de 19 de febrero de 2019, respecto de la controversia suscitada entre un Juzgado de lo Mercantil que conocía de un concurso de acreedores de un grupo de sociedades y un Juzgado de Instrucción que investigaba unos presuntos delitos contra la Seguridad Social e insolvencia punible, y en cuyo seno adoptó como medida cautelar el bloqueo de las cuentas de aquellas sociedades.

Una vez declarado el concurso de acreedores, después de la adopción de estas medidas cautelares, el juez del concurso se dirigió al juzgado de instrucción para que levantara el bloqueo de las cuentas, ante cuya negativa, planteó el citado conflicto de competencias. El Tribunal Supremo, además de recordar que la citada preferencia del orden penal mencionada en el art. 44 LOPJ lo es a los efectos de la responsabilidad penal, advierte que el control del patrimonio del deudor concursado le corresponde al juez mercantil, a quien la ley otorga competencia exclusiva y excluyente para la adopción de las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado (art. 86 ter 1.4.º LOPJ), salvo concretas excepciones entre las que no se encuentra el aseguramiento de la responsabilidad civil *ex delicto*.

Para el Tribunal Supremo, la interpretación correcta del citado art. 86 ter LOPJ, junto con los artículos 55 y 189 LC, pasa por partir de la premisa de que, una vez declarado el concurso, «el único competente para acordar una medida cautelar sobre el patrimonio del deudor es el juez del concurso. O dicho de otro modo, no cabe que un tribunal distinto del juez del concurso adopte medidas cautelares que afecten a la masa del concurso de acreedores, mientras este esté en vigor». A lo que añade que «el eventual crédito por responsabilidad civil contra el deudor concursado que se llegara a declarar

(88) ATS, Sala Especial de Conflictos de Competencias, núm. 2/2019, de 19 de febrero.



En el presente Tomo se incluyen cinco monografías relativas a la ejecución en el proceso civil y a las medidas cautelares. **Teresa Armenta Deu** aborda el análisis de la ejecución provisional, cuyo régimen fue una de las principales novedades de la Ley de Enjuiciamiento, exponiendo los principales problemas que se plantean y el tratamiento que a ellos ha dado la jurisprudencia. **Juan Carlos Ortiz Pradillo** examina el sistema de medidas cautelares, dedicando especial atención a sus presupuestos, procedimiento para adoptarlas y sus posibles recursos. **Carmen Senés Motilla** dedica su obra a las cuestiones generales de la ejecución, tratando los actuales problemas para el despacho de la ejecución, especialmente cuando se trata de títulos ejecutivos extrajudiciales con posibles cláusulas abusivas. **Bárbara Sánchez López** expone los problemas que suscita el embargo de los bienes del deudor y su realización forzosa, con particular atención a la incidencia que las reformas legales han tenido en esta última. **Jesús María González García** desarrolla la ejecución hipotecaria y la de obligaciones no dinerarias, la primera muy controvertida tras las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión, y la segunda con los problemas que siempre plantea la búsqueda de una ejecución en sus propios términos.

En cada una de las monografías no solo se analiza el régimen legal de las diferentes materias, sino que, al hilo de la exposición, se seleccionan y comentan las principales sentencias de los distintos Tribunales que se han pronunciado sobre ellas, aportando así al profesional y al estudioso una información imprescindible para conocer cómo se aplica la Ley de Enjuiciamiento Civil a los veinte años de su publicación.

Este Tomo forma parte de una colección, formada por otros cuatro volúmenes, que contienen diversas monografías donde se exponen las principales materias del proceso civil español.

