

TRATADO DE JURISDICCIÓN CIVIL

SONIA CALAZA LÓPEZ
IXUSKO ORDEÑANA GEZURAGA

Tutela cautelar

ENeko ETXEBERRIA BEREZIARTUA
MIKEL TOMAS FIDALGO ASTIGARRAGA
AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA
ROSA PASCUAL SERRATS
VICENTE PÉREZ DAUDÍ

© Sonia Calaza López e Ixusko Ordeñana Gezuraga (Dirs.) y autores, 2026
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Primera edición: Marzo 2026

Depósito Legal: M-5223-2026

ISBN versión impresa: 978-84-1085-661-5

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-662-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** 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, ARANZADI LA LEY, S.A.U., 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 asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

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.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, o cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRO-DUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, 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.

Índice General

Página

PRESENTACIÓN

SONIA CALAZA LÓPEZ, IXUSKO ORDEÑANA GEZURAGA	17
--	----

LAS MEDIDAS CAUTELARES: DISPOSICIONES GENERALES

LAS MEDIDAS CAUTELARES: DISPOSICIONES GENERALES

VICENTE PÉREZ DAUDÍ.....	29
1. Regulación	29
2. Finalidad	30
3. Caracteres.....	31
3.1. <i>La instrumentalidad</i>	32
3.2. <i>El aseguramiento de la eficacia.....</i>	32
3.3. <i>Temporalidad</i>	33
4. Los presupuestos de adopción	34
4.1. <i>La apariencia de buen derecho</i>	34
4.2. <i>El periculum in mora</i>	35
4.3. <i>El ofrecimiento de caución</i>	36
5. El procedimiento de adopción de las medidas cautelares .	37
5.1. <i>El órgano jurisdiccional competente</i>	37
5.1.1. <i>La competencia funcional</i>	37

	<u><i>Página</i></u>
5.1.2. La competencia territorial	38
5.2. <i>La solicitud de medidas cautelares</i>	39
5.2.1. El momento de la solicitud de las medidas cautelares	40
5.2.2. El contenido de la solicitud	41
5.3. <i>El traslado al demandado</i>	41
5.4. <i>Vista</i>	42
5.5. <i>La resolución judicial</i>	43
6. La modificación de las medidas cautelares	44
7. Alzamiento de las medidas cautelares y reclamación de los daños y perjuicios	45
7.2. <i>La reclamación de los daños y perjuicios</i>	47
8. Anexo. Cuestiones a plantearse antes de solicitar la adopción de una medida cautelar	48
8.1. <i>Cuestiones Previas</i>	48
8.2. <i>Presupuestos de Adopción</i>	48
8.3. <i>Contenido de la Solicitud</i>	48
8.4. <i>Competencia Jurisdiccional</i>	49
8.5. <i>Aspectos Procesales Adicionales</i>	49
9. Anexo. Cuestiones que debe resolver los jueces al resolver la solicitud de las medidas cautelares	49
9.1. <i>Verificación de requisitos previos</i>	49
9.2. <i>Presupuestos legales (art. 728 LEC)</i>	49
9.3. <i>Idoneidad y proporcionalidad de la medida</i>	50
9.4. <i>Competencia y procedimiento</i>	50
9.5. <i>Resolución judicial (art. 735 LEC)</i>	50
9.6. <i>Control posterior</i>	50

PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES: ABORDAJE DE LAS LAGUNAS LEGALES A LA LUZ DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DEBIDAS GARANTÍAS PROCESALES DE LAS PARTES

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA	55
1. Introducción	55
2. Sometimiento al principio dispositivo de las medidas cautelares	57
3. Momentos en los que se pueden solicitar la adopción de medidas cautelares	58
3.1. <i>Solicitud de la medida cautelar en la demanda</i>	58
3.2. <i>Solicitud de la medida cautelar con anterioridad a la interposición de la demanda</i>	58
3.2.1. Solicitud durante la tramitación del MASC previo a la interposición de la demanda	58
3.2.2. Solicitud cuando concurren razones de urgencia o necesidad	59
3.3. <i>Solicitud de medidas cautelares con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso</i>	60
4. Vigencia y alzamiento de las medidas cautelares acordadas antes de la demanda	62
5. Requisitos de la solicitud de medidas cautelares	66
5.1. <i>Forma y contenido de la solicitud de medidas cautelares ..</i>	66
5.2. <i>Especial referencia al ofrecimiento de caución</i>	66
5.3. <i>Aportación de prueba</i>	69
6. Procedimiento para la adopción de medidas cautelares...	72
6.1. <i>Adopción de las medidas cautelares inaudita parte</i>	72
6.2. <i>Vista para la audiencia de las partes</i>	74

7.	Resolución sobre la adopción de las medidas cautelares solicitadas	77
7.1.	<i>Auto acordando medidas cautelares</i>	77
7.1.1.	Contenido	77
7.1.2.	Fijación de la caución	77
7.1.3.	¿Procede la exención de la caución en los casos en los que el demandante tiene asistencia jurídica gratuita?	80
7.2.	<i>Auto denegatorio de las medidas cautelares</i>	87
8.	Prestación de caución.	89
9.	Ejecución de la medida cautelar	89
10.	Accesoriedad de las medidas cautelares. Ejecución provisional y medidas cautelares	90
10.1.	<i>Accesoriedad de las medidas cautelares</i>	90
10.2.	<i>Finalización del proceso por sentencia condenatoria o auto equivalente, una vez firmes</i>	90
10.3.	<i>Suerte de las medidas cautelares si se despacha ejecución provisional</i>	91
10.4.	<i>Consecuencias en caso de suspensión del proceso por más de seis meses imputable al solicitante</i>	92
11.	Bibliografía	93

OPOSICIÓN A LAS MEDIDAS CAUTELARES

LA CONTRADICCIÓN DIFERIDA EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES «INAUDITA PARTE»

	ROSA PASCUAL SERRATS	99
1.	Introducción	99
2.	Contradicción previa o diferida	100
2.1.	<i>Contradicción previa</i>	101
2.2.	<i>Contradicción diferida</i>	101
2.2.1.	Razones de urgencia	102
2.2.2.	Razones de necesidad	104

	<u>Página</u>
3. Procedimiento de adopción de medidas cautelares <i>inaudita parte</i>	104
3.1. <i>La solicitud de medidas cautelares</i>	104
3.2. <i>Resolución sobre su adopción</i>	105
3.3. <i>Oposición del demandado</i>	106
3.3.1. Escrito de oposición.....	107
3.3.2. La vista.....	109
3.3.3. Resolución sobre la oposición	111
4. Bibliografía	114

MODIFICACIÓN Y ALZAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

LA NATURALEZA PROVISIONAL, TEMPORAL Y VARIABLE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEC MIKEL TOMAS FIDALGO ASTIGARRAGA	117
1. Introducción	117
2. Características de las medidas cautelares.....	118
3. Modificación de las medidas cautelares (art. 743 LEC) ...	120
3.1. <i>Hechos y circunstancias nuevas que pueden acarrear la modificación de las medidas cautelares</i>	120
3.2. <i>Procedimiento y resolución de modificación de medidas cautelares.....</i>	122
4. Alzamiento de las medidas cautelares tras sentencia no firme (744 LEC).....	122
5. Alzamiento de las medidas tras sentencia absolutoria firme (745 LEC)	124
6. Breve valoración sobre la modificación y el alzamiento de las medidas cautelares en la LEC	125

CAUCIÓN SUSTITUTORIA

LA CAUCIÓN SUSTITUTORIA COMO INSTRUMENTO PARA EQUILIBRAR LA DECISIÓN CAUTELAR

ENeko ETXEBERRIA BEREZIARTUA	131
1. Introducción	131
2. Fundamento de la caución sustitutoria	132
3. Procedimiento para la solicitud de la caución sustitutoria	133
3.1. <i>Medio alternativo de solución de conflictos (MASC) y caución sustitutoria</i>	<i>134</i>
3.2. <i>Límites de la contracautela</i>	<i>134</i>
3.3. <i>Solicitud de la parte demandada</i>	<i>135</i>
3.4. <i>Tribunal competente para conocer de la solicitud de caución sustitutoria</i>	<i>135</i>
3.5. <i>Momento procesal y plazo para realizar la solicitud de la caución sustitutoria</i>	<i>136</i>
3.5.1. Vista de las medidas cautelares.	136
3.5.2. Oposición a las medidas cautelares acordadas de <i>inaudita parte</i>	137
3.5.3. Durante la vigencia de las medidas cautelares acordadas	137
3.6. <i>Forma y contenido de la solicitud</i>	<i>137</i>
3.7. <i>Trámite de contradicción</i>	<i>138</i>
3.8. <i>Valoración judicial</i>	<i>139</i>
3.9. <i>Resolución</i>	<i>140</i>
3.10. <i>Recursos contra la decisión judicial</i>	<i>140</i>
3.11. <i>Costas del procedimiento</i>	<i>140</i>
4. Efectos de la admisión de la contracautela sustitutoria...	140
5. Formas de caución sustitutoria admitidas	141
6. Conclusiones	141
7. Bibliografía	142

La contradicción diferida en la adopción de medidas cautelares «inaudita parte»

ROSA PASCUAL SERRATS¹

Profesora Titular de la Universidad CEU Cardenal Herrera

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONTRADICCIÓN PREVIA O DIFERIDA. 2.1. *Contradicción previa*. 2.2. *Contradicción diferida*. 3. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES *INAUDITA PARTE*. 3.1. *La solicitud de medidas cautelares*. 3.2. *Resolución sobre su adopción*. 3.3. *Oposición del demandado*. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La aplicación del Derecho en el caso concreto a través del proceso requiere necesariamente un período de tiempo que, en determinadas circunstancias, puede comprometer la efectividad de una eventual sentencia estimatoria. Este riesgo de ineffectividad ha sido contemplado por el legislador, quien ha previsto la posibilidad de adoptar medidas cautelares. La tutela judicial efectiva requiere la adopción de medidas cautelares idóneas que garanticen la eficacia del pronunciamiento que, en su momento, se dicte sobre los derechos e intereses legítimos planteados ante los órganos jurisdiccionales en el proceso principal. Constituyen, por tanto, una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Dada su finalidad, tales medidas poseen un carácter instrumental respecto del proceso principal.

Atendiendo a la finalidad de las medidas cautelares, los trámites para su adopción deben regirse por criterios de celeridad y agilidad. Si el procedimiento cautelar se prolongara excesivamente, podría frustrarse su razón de ser, convirtiéndose en un obstáculo para la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la Constitución Española.

1 Profesora Titular, Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad CEU Cardenal Herrera, CEU Universities, calle Assegadors núm. 2, Alfara del Patriarca-Valencia (España).

Uno de los elementos esenciales del procedimiento cautelar es la audiencia previa, que tiene por objeto garantizar el principio de contradicción. Tal como afirma Montero Aroca, este principio debe entenderse como «un mandato dirigido al legislador para que, en las leyes conformadoras de los distintos procesos, estos queden regulados de modo que se respete el derecho fundamental de audiencia»².

En este sentido, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), respeta dicho principio en la regulación de las medidas cautelares, estableciendo como trámites del procedimiento: la solicitud de la medida por el demandante, la comparecencia para dar audiencia a las partes, la resolución acordando o denegando la medida y, por último, la posibilidad de interponer recurso contra dicha resolución.

No obstante, la propia LEC contempla, con carácter excepcional, la posibilidad de alterar el anterior orden de los trámites procesales, cuando concurren circunstancias que justifiquen la adopción de la medida *inaudita parte*. Es excepcional porque al demandado le asiste el derecho fundamental de defensa y la facultad inherente de ser oído antes de que se dicte una resolución. En estos supuestos, el órgano jurisdiccional puede acordar la medida sin previa audiencia de la parte contraria, reservando la contradicción para un momento posterior. Esta modalidad no vulnera el principio de contradicción ni el derecho de defensa, en tanto que se garantiza su ejercicio con posterioridad a la adopción de la medida. Sin embargo, al tratarse de una excepción al procedimiento con audiencia previa, su aplicación queda condicionada al cumplimiento de las condiciones legalmente establecidas, que el demandante ha de acreditar, debiendo el juez motivar en su resolución la necesidad de acordarla sin oír al demandado.

En las páginas siguientes nos centraremos en el procedimiento de adopción de medidas cautelares sin previa audiencia del demandado.

Por tanto, las medidas cautelares representan un instrumento procesal esencial para asegurar la efectividad de la tutela judicial. El procedimiento para su concesión debe responder a la necesidad de una protección urgente, sin menoscabar los derechos fundamentales de las partes.

2. CONTRADICCIÓN PREVIA O DIFERIDA

El artículo 733.1 de la LEC dispone que «como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado». Sin embargo, en su apartado segundo contempla la excepción a dicha regla, permitiendo que el órgano jurisdiccional acuerde la medida cautelar solicitada sin oír previamente al demandado, siempre que así lo inste el solicitante y se acre-

2. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I*, AAVV, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 248.

dite la concurrencia de alguna de las circunstancias expresamente previstas en dicho apartado.

De este modo, el procedimiento para la adopción de medidas cautelares puede articularse a través de dos modalidades: contradicción previa o contradicción diferida.

2.1. CONTRADICCIÓN PREVIA

El procedimiento para la adopción de medidas cautelares se inicia a instancia de parte, por lo que, en principio, no pueden ser acordadas de oficio salvo en los casos previstos para los procesos especiales. Asimismo, se contempla esta posibilidad cuando se suspenda el proceso en el que se haya ejercitado una acción individual de un consumidor destinada a obtener la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual.

La solicitud de medidas cautelares se realizará, de ordinario, junto con la demanda. No obstante, también podrá presentarse en otros momentos: antes de la demanda, si el solicitante alega y acredita razones de urgencia o de necesidad; con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente un recurso, cuando se base en hechos o circunstancias que lo justifiquen.

Presentada la solicitud de medida cautelar, el Letrado de la Administración de Justicia convoca a las partes a una vista. Por tanto, no se prevé una contestación escrita del demandado, con la finalidad de no prolongar la duración del procedimiento.

En la vista se da cumplimiento al principio de contradicción, pudiendo ambas partes exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueren pertinentes atendiendo a los presupuestos de las medidas cautelares.

Terminada la vista, el tribunal decidirá mediante auto sobre la solicitud, pudiendo interponerse contra el mismo recurso de apelación.

2.2. CONTRADICCIÓN DIFERIDA

La contradicción diferida constituye una segunda modalidad, de carácter excepcional, que permite la adopción de las medidas cautelares *inaudita parte*, esto es, sin previa audiencia del demandado. Para ello, el solicitante deberá acreditar la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 733.2 de la LEC y, posteriormente, el órgano judicial deberá motivar en su resolución la procedencia de prescindir del contradictorio previo.

No obstante la adopción de la medida sin oír al demandado, se salvaguarda su derecho de defensa permitiéndole formular oposición una vez notificado el

auto que acuerde la medida cautelar. El Tribunal Constitucional ha declarado que el hecho de ser oído con posterioridad impide considerar que se haya producido una verdadera indefensión material. Afirma que en la Ley se pondera la necesidad de la tutela de la parte demandante con la compatibilización de la tutela de la parte demandada, estableciendo un razonable equilibrio entre ellas; al derecho a la medida cautelar del demandante se contrapone, para que no haya perjuicio indebido del demandado más que lo necesario, la oposición *a posteriori* de este último.

La procedencia de la contradicción diferida exige la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 733.2 de la LEC, no siendo justificación suficiente la mera dilación en el tiempo inherente al procedimiento. Como se ha manifestado, «debe recordarse que la exclusión de la audiencia previa no puede convertirse en la regla general, debiendo reservarse a aquellos casos en los que la urgencia y el riesgo de frustración de la medida resultan debidamente acreditados, evitando así que las medidas cautelares se utilicen como instrumentos de presión o ventaja procesal indebida»³. Además, ello desvirtuaría la finalidad del trámite de audiencia.

La adopción de la medida cautelar sin audiencia previa del demandado no trata de garantizar la efectividad de la sentencia, sino garantizar la adopción de la medida cautelar, así como su efectividad, que puede verse en riesgo como consecuencia de la duración del procedimiento para su concesión.

En este sentido, el citado artículo 733.2 de la LEC determina que el tribunal podrá acordar las medidas cautelares sin audiencia previa del demandado «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». Por tanto, esa decisión puede venir justificada por tipos de razones, urgencia o necesidad.

2.2.1. Razones de urgencia

Se ha entendido que concurren razones de urgencia cuando la conducta que genera el peligro por la mora procesal ya se encuentra en curso o ha sido preparada de tal modo que, esperando a la celebración de la vista, se corre el riesgo de que el peligro se consume⁴.

No puede confundirse el presupuesto de «urgencia» que habilita la adopción de la medida cautelar *inaudita parte* con el *periculum in mora*, que constituye el presupuesto para la adopción de cualquier medida cautelar, con o sin audiencia previa del demandado. Para que proceda la adopción de la medida cautelar sin

3. CALDERÓN CUADRADO, M.^a P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Ed. Civitas, 1^a ed., Madrid 1992, p. 234.

4. ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, Ed. La Ley, 1^a ed., Madrid 2000, p. 286.

oír previamente al demandado no basta la mera existencia del peligro por la demora procesal, sino que es imprescindible, además, la concurrencia de una situación de urgencia que exija la inmediata adopción de la medida; supone la existencia de un «*quantum*» de peligro superior del que de por sí sería suficiente para la adopción de una cautela. El *periculum in mora* se refiere a la posible ineffectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria como consecuencia de la duración del proceso. La «urgencia» a la que se refiere el artículo 733.2 de la LEC implica la necesidad de adoptar de forma inmediata una medida cautelar, debido al riesgo de que su retraso impida su adopción con el perjuicio que conllevaría.

Tampoco debe confundirse la «urgencia» del artículo 733.2 de la LEC con las «razones de urgencia» previstas en el artículo 730.2 de la LEC, que legitiman la solicitud de medidas cautelares con carácter previo a la presentación de la demanda principal. La primera no se refiere a la inmediatez en la presentación de la solicitud, sino a la necesidad de evitar que, pedida la medida, pierda su eficacia por la demora inherente al trámite de audiencia. Las razones del artículo 730.2 están vinculadas a la imposibilidad o grave dificultad para presentar de inmediato la demanda principal —su elaboración sea especialmente compleja, se requiera informes periciales para su debida fundamentación, o exista dificultad de obtener datos necesarios para fundamentarla o documentos que han de acompañarla—, con la que de ordinario ha de pedirse la medida cautelar. Por tanto, en este último caso, la urgencia se relaciona con la necesidad de evitar que, durante el tiempo imprescindible para la preparación de la demanda, puedan producirse hechos que comprometan la efectividad de la tutela judicial que pudiera derivarse de una posible sentencia estimatoria.

En consecuencia, la urgencia que legitima la adopción de medidas *inaudita parte* exige un plus adicional respecto al *periculum in mora*, debiendo acreditarse que la demora derivada de la audiencia previa al demandado podría frustrar la adopción y finalidad de la medida cautelar. Sin ese plus añadido se incurriría en el riesgo de que tales medidas pudieran utilizarse como simple medio de presión a la parte frente a la que se solicita o como medio para anticiparse y situarse en mejor posición, de modo injustificado.

Tanto las medidas cautelares que se solicitan con carácter previo a la demanda como las que se solicitan junto con la demanda o con posterioridad pueden acordarse con o sin audiencia previa, dependiendo de la concurrencia de las circunstancias excepcionales previstas en la Ley. Cabe pensar que las solicitudes de adopción *inaudita parte* se darán sobre todo en los casos de medidas cautelares previas a la demanda. No obstante, puede estar justificada la urgencia de adoptar medidas con anterioridad a la demanda porque su solicitud no puede demorarse el tiempo necesario, pero puede no concurrir la urgencia necesaria para adoptarlas sin audiencia del demandado, porque no existe el menor riesgo de que su eficacia pueda quedar comprometida por el transcurso del tiempo

necesario para cumplir los trámites de citación y celebración de vista. Por el contrario, pudiera no concurrir motivo alguno para formular la solicitud de la medida cautelar antes de la demanda, y ser necesario que se adopten sin previa audiencia normalmente no tanto por razones de urgencia como de necesidad.

2.2.2. Razones de necesidad

El segundo supuesto habilitante para la adopción de la medida cautelar *inaudita parte*, previsto en el artículo 733.2 de la LEC, puede tener su origen en «que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar». Se refiere a que la mera comunicación al demandado de la existencia de la solicitud pueda permitirle llevar a cabo conductas dirigidas bien a impedir su adopción o bien a que se vea frustrada su finalidad. En este caso el riesgo deriva del conocimiento de la solicitud por parte del demandado.

Como hemos manifestado anteriormente, no puede confundirse la exigencia de «necesidad» que justifica la adopción de medidas cautelares previas a la demanda con la «necesidad» que legitima la adopción de la medida *inaudita parte*. Puede estar justificada la necesidad de adoptarlas antes de la presentación de la demanda sin que se aprecie motivo alguno para temer que el mero conocimiento de la parte demandada sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar pueda comprometer su buen fin. También es posible, que no concurriendo motivo alguno para solicitar la medida antes de la demanda, se considere necesario que se adopten sin audiencia previa porque la mera noticia de la posibilidad de su adopción pudiera motivar comportamientos del demandado que pusieran en riesgo la efectividad de la tutela.

Por tanto, en este caso, la adopción de medidas cautelares *inaudita parte* se justifica en la concurrencia de motivos suficientes para temer que el demandado, conociendo la inminencia de la medida, podría adoptar conductas que convirtieran en ilusoria la tutela cautelar pretendida. En tales casos, se prevé un trámite de contradicción ulterior a su concesión, garantizando así los derechos de ambas partes.

3. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES *INAUDITA PARTE*

3.1. LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES

La adopción de medidas cautelares sin audiencia previa del demandado tan solo puede acordarse a instancia de parte, sin que el órgano judicial pueda resolver de este modo de oficio. Tal solicitud se realizará junto con la petición de medidas cautelares.

En tal caso, la solicitud de medida cautelar deberá contener dos peticiones diferenciadas, cada una con su respectiva causa de pedir. Por un lado, el deman-

dante solicitará la adopción de una medida cautelar concreta, alegando los hechos que la fundamentan y debiendo acreditar la concurrencia de los presupuestos exigidos para su concesión —*periculum in mora*, apariencia de buen derecho y ofrecimiento de caución—. Por otro lado, deberá interesar que dicha medida se adopte sin oír previamente al demandado, aduciendo los hechos que permitan acreditar la concurrencia de alguno de los supuestos previstos legalmente que permiten prescindir de dicha audiencia.

Junto con el escrito de solicitud deberá aportarse los documentos que justifiquen sus peticiones, es decir, que permitan acreditar tanto la concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de la medida cautelar, como la necesidad de resolver sin audiencia previa del demandado. De esta última acreditación no depende la concesión de la medida, sino el procedimiento para resolver sobre la misma. Si se admite la adopción *inaudita parte*, al no celebrarse la vista, la concurrencia de los presupuestos de la medida cautelar tan solo podrá acreditarse a través de los documentos presentados junto con la solicitud.

3.2. RESOLUCIÓN SOBRE SU ADOPCIÓN

El órgano judicial a la hora de resolver deberá examinar, en primer lugar, la procedencia de su tramitación con contradicción diferida. En caso de ser estimada tal petición, se pronunciará sobre el fondo de la medida cautelar solicitada.

En el auto en el que se acuerda la medida cautelar deberá motivarse de forma separada: a) la decisión de su adopción *inaudita parte*; b) el pronunciamiento sobre la concurrencia de los presupuestos para acordar la medida cautelar solicitada.

Asimismo, el auto deberá cumplir el deber de congruencia, por lo que no podrá acordarse la adopción sin audiencia previa del demandado si tal petición no ha sido expresamente formulada en el escrito inicial del solicitante.

Cabe distinguir dos posibles situaciones:

- a) Si el órgano judicial considera que no concurre la circunstancia alegada por el solicitante para resolver sin audiencia previa del demandado, se abstendrá de pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada y acordará convocar a las partes a la correspondiente vista. Por tanto, en este caso deniega la modalidad de procedimiento solicitado, pero no la medida cautelar, sobre ella se pronunciará tras oír al demandado.
- b) Si el órgano judicial aprecia la concurrencia de la circunstancia alegada para resolver sin audiencia previa, se pronunciará directamente sobre la medida cautelar solicitada. Si se estimaran acreditados todos los presupuestos exigidos para su adopción, acordará la medida o medidas

En este cuarto volumen —*Tutela cautelar*— del Tratado de Jurisdicción civil —coordinado por Sonia Calaza López e Ixusko Ordeñana Gezuraga— se afronta con todo realismo y profundidad (desde un punto de vista dogmático con vital traducción simultánea práctica) —por parte de la/os máxima/os especialistas en esta materia— el concepto, naturaleza, caracteres, principios, presupuestos, estructura, tipos y procedimiento de todas y cada una de las medidas cautelares (nominadas e innominadas) como único antídoto frente a los males endémicos del proceso: su lentitud (lastrada por la saturación de nuestros Tribunales), su carestía (provocada por el encarecimiento de tantas y tantas actuaciones procesales como integran ese largo periplo procedimental), su encarnizamiento (provocado, en bastantes ocasiones, por el obligado tránsito entre actuaciones procesales arduas, confusas o todavía peor: prescindibles), su desafectación (sensación de que la Justicia tardía es —¡siempre y aún cuando devenga propicia!— Justicia denegada) e incertidumbre (imposibilidad de asegurar, en un momento procedimental embrionario, el resultado —favorable o adverso— del juicio).

ISBN: 978-84-1085-661-5



ER-0280/2005



GA-0009/0100