

Las medidas cautelares en las Reglas europeas de proceso civil

MARCO DE BENITO LLOPIS-LLOMBART

Catedrático Jean Monnet de Derecho Procesal Civil Europeo de IE Law School.

Abogado en Marco de Benito Estudio de Arbitraje (1)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. HACIA UN PROCESO CIVIL EUROPEO ARMONIZADO. III. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LAS REGLAS EUROPEAS. 1. *En general*. 2. *Concepto y denominación*. 3. *Notas esenciales*. IV. PRESUPUESTOS MATERIALES. 1. *Adecuación*. 2. *Proporcionalidad y menor onerosidad*. 3. *Fumus boni iuris*. 4. *Periculum in mora*. 5. *Caución y responsabilidad*. V. MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS. 1. *Medidas de conservación de activos*. 2. *Medidas de reglamentación*. 3. *Mandamientos de pago anticipado*. 4. *Anticipación y aseguramiento de prueba*. VI. PROCEDIMIENTO. 1. *Momentos posibles para solicitar medidas cautelares*. 2. *Medidas inaudita parte y principio de contradicción*. 3. *Modificación, alzamiento, recursos*. 4. *Sanciones*.

I. INTRODUCCIÓN

Las páginas que siguen tratan de resumir el régimen jurídico de las medidas cautelares en las Reglas europeas de proceso civil, elaboradas y adoptadas por el Instituto Europeo de Derecho (*European Law Institute, ELI*) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en 2020 (2).

El trabajo comienza con una apretada síntesis de la historia y fines del proyecto de elaboración de unas reglas modelo de proceso civil europeo. A continuación, se bosquejan las líneas generales del régimen de medidas cautelares en este texto. Se analizan luego concepto, presupuestos materiales y tipología. La exposición concluye con unos apuntes sobre procedimiento.

II. HACIA UN PROCESO CIVIL EUROPEO ARMONIZADO

El proyecto de unas reglas modelo de proceso civil europeo nace del impulso armonizador de UNIDROIT. Primer fruto de ese afán armonizador fueron los Principios de proceso civil transnacional elaborados bajo los auspicios del Instituto Americano de Derecho (*American Law Institute, ALI*) y UNIDROIT y que ambas instituciones adoptaron en 2004. Se quiso entonces dar continuidad al esfuerzo de armonización mediante un texto de ámbito europeo, más detallado. El Instituto de Derecho Europeo (ELI) se sumó a la iniciativa y en 2013 comenzaron los trabajos.

Si bien desde un primer momento se optó por la redacción de unas reglas modelo, descartándose la idea de un código completo, los 245 artículos que componen el texto final son prueba de lo ambicioso del proyecto, sobre todo comparado con los parsimoniosos 31 artículos de ALI-UNIDROIT (3).

Ya el Preámbulo reconoce algunas de las dificultades inherentes a tan vasta empresa. Entre otros extremos, la diversidad conceptual y terminológica propia de los múltiples ordenamientos europeos –junto con las limitaciones del inglés jurídico para estos menesteres– ha llevado a una formulación que se pretende neutral, descriptiva, funcional, y que remite necesariamente, para la cabal comprensión de cada artículo, al comentario oficial que lo acompaña.

No se ha pretendido, por lo demás, hacer un *restatement* o identificar una suerte de tronco común del proceso civil europeo: la irreductible diversidad de los ordenamientos de Europa lo haría impracticable (4). Tampoco se ha querido aplicar el criterio mayoritario, ni tratar de alcanzar compromisos. Lo que se ha buscado es más bien –como expresamente declara el Preámbulo– la formulación de una serie de “buenas prácticas” para el desarrollo futuro del proceso civil europeo, con toda la carga valorativa que acarrea ese objetivo.

La articulación de cada bloque temático se encomendó a distintos grupos de trabajo (5). Se instituyó luego un grupo de trabajo dedicado a la estructura, centrado en integrar y consolidar las distintas propuestas. En esta fase se acometió también, en paralelo, una traducción al francés del borrador. Un equipo más reducido se encargó de los últimos ajustes técnicos y estilísticos.

Los trabajos contaron con la presencia de observadores internacionales como la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, ALI, asociaciones profesionales y de investigación y la propia Unión Europea: sobre todo a través del Parlamento Europeo, que ha impulsado el proyecto con entusiasmo (6).

Tras someter el texto al Comité consultivo de ELI y otros comités y revisores e integrar sus observaciones, el 15 de julio de 2020 el Consejo de ELI aprobaba el texto en inglés; los socios de ELI hacían lo propio el 5 de agosto mediante voto telemático; y el 25 de septiembre de 2020 lo adoptaba también UNIDROIT en el acto de clausura de la 99.ª sesión de su Consejo de Gobierno. *Oxford University Press* está ya trabajando en la edición en papel.

III. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LAS REGLAS EUROPEAS

1. EN GENERAL

El texto se divide en doce capítulos: principios generales; partes procesales; gestión del proceso; inicio del proceso; instrucción del proceso; emplazamiento; acceso a la prueba y a información relevante; sentencia, cosa juzgada y litispendencia; recursos; medidas cautelares; acciones colectivas; costas.

El capítulo X, relativo a las medidas cautelares, se divide a su vez en tres secciones: una parte general (sección 1.ª, arts. 184 a 191), que incluye normas aplicables, en principio, a todos los tipos de medidas; una parte especial (sección 2.ª, arts. 192 a 201), con normas especiales sobre algunos tipos de medidas; por último, una breve sección dedicada a cuestiones de Derecho internacional privado (sección 3.ª, arts. 202 y 203).

Para la elaboración del capítulo se tomó como punto de partida el art. 8 de los Principios ALI-UNIDROIT de proceso civil transnacional. Esta disposición incluye tres reglas básicas: sobre la función de las medidas y la nota esencial de proporcionalidad (8.1), sobre la adopción de medidas *inaudita parte* (8.2) y sobre la caución (8.3) (7). Se tomaron en consideración acto seguido los distintos enfoques nacionales, muy diversos, adoptados en la materia en Europa. Además, se examinaron varios instrumentos específicos de la UE, como el Reglamento de la orden europea de retención (8), la Directiva sobre propiedad intelectual (9) y la jurisprudencia recaída sobre la materia en relación con el Reglamento Bruselas I antes y después de su refundición (10). Por último, se consultaron fuentes de Derecho no vinculante o *soft law*, como la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional (arts. 17 a 17G) (11), los Principios adoptados por la Asociación de Derecho Internacional (ILA, por sus siglas en inglés) en Helsinki en 1996 (12) y, por último, el Informe STORME (art. 10) (13).

La propia introducción al capítulo en las Reglas aclara que, para salvar las diferencias entre las distintas tradiciones europeas, se adoptó un enfoque funcional, como se desprende ya del art. 184, que abre el capítulo. Consecuencia de ello es que no todos los tipos de medidas, ni sus presupuestos, existen del mismo modo o son de aplicación práctica habitual en todos los países europeos.

2. CONCEPTO Y DENOMINACIÓN

El concepto de medidas cautelares es más amplio que en España. La provisionalidad o temporalidad es en este cuerpo normativo la nota que define las medidas cautelares; el concreto contenido y finalidad son importantes, pero se mantienen en un segundo plano. Quedan así comprendidas en su ámbito conceptual y normativo las medidas tendentes a la anticipación o aseguramiento de prueba: ésta es la principal diferencia con el sistema español.

La diversidad europea en la materia no es sólo conceptual, sino también terminológica. Se recurrió por ello a la expresión genérica de *provisional and protective measures*, adoptada por la misma razón en 1968 para el Convenio de Bruselas (14). La denominación no remite a dos conceptos bien definidos –medidas provisionales de un lado, protectoras de otro–, sino que es genérica, omnicompreensiva. Con igual laxitud, a los efectos de este trabajo, para evitar la prolijidad de un *nomen iuris* largo y extraño al oído hispano, preferimos mantener la expresión más habitual en español, sin mayores pretensiones de equivalencia conceptual.

3. NOTAS ESENCIALES

El carácter provisional o temporal de las medidas cautelares es expresión de la instrumentalidad que les es inherente: requieren, para subsistir, de un proceso principal, presente o futuro (art. 188), y dejarán por ello de surtir efecto, a más tardar, cuando se dicte sentencia definitiva.

Ya en el primer párrafo del art. 184, que abre el capítulo, se enlaza esa nota de provisionalidad con la descripción de las cuatro funciones que pueden desempeñar las medidas en las Reglas. El precepto reza así, en sus originales inglés y francés:

Rule 184. Provisional and protective measures	Article 184. Mesures provisoires e conservatoires
(1) A provisional or protective measure is any temporary order that has one or more of the following functions:	1) Constitue une mesure provisoire ou conservatoire toute décision temporaire remplissant une ou plusieurs des fonctions suivantes:
(a) to ensure or promote effective enforcement of final decisions concerning the substance of the proceedings, whether or not the underlying claim is pecuniary, including securing assets and obtaining or preserving information concerning a debtor and his assets; or	a) Garantir ou favoriser une exécution effective de décisions finales sur le fond de l'affaire, peu important que la créance soit de nature pécuniaire ou non, y compris en immobilisant des biens et en obtenant ou en préservant des informations relatives à un débiteur et à son patrimoine; ou bien
(b) to preserve the opportunity for a complete and satisfactory determination of the proceedings, including securing evidence relevant to the merits or preventing its destruction or concealment; or	b) Préserver la possibilité d'un jugement intégral et satisfaisant de la demande, compris en sécurisant les preuves pertinentes pour la décision sur le fond ou en empêchant leur destruction ou dissimulation; ou bien
(c) to preserve the existence and value of goods or other assets which form or will form the subject-matter of proceedings (pending or otherwise); or	c) Préserver l'existence et la valeur de marchandises ou autres biens qui sont l'objet actuel ou qui seront l'objet d'une procédure civile sur le fond;
(d) to prevent harm from being suffered, to prevent further harm, or to regulate disputed issues, pending final judgment.	d) Prévenir tout dommage imminent ou subséquent ou régler les questions en litige en attendant de la décision sur le fond.
(2) A provisional or protective measure ordered should be suitable for its purpose.	2) La mesure provisoire ou conservatoire doit être appropriée au but poursuivi.

Según esta clasificación funcional, existen tres grandes tipos de medidas cautelares *sensu stricto*. En primer lugar, medidas de conservación o preservación para asegurar o garantizar la efectividad de la tutela; tal es principal función de las medidas españolas. En segundo, las medidas de reglamentación de la situación jurídica cautelable durante la pendency del proceso; por ejemplo, ordenando a las partes hacer o no hacer alguna cosa para mantener el *statu quo ante*. En tercer lugar, las medidas anticipatorias del contenido de lo que se pretenda en el proceso, que permiten obtener provisionalmente lo mismo que se obtendría con carácter definitivo con una sentencia favorable; por ejemplo, la cesación de una conducta anticompetitiva, el suministro de bienes o servicios, la facilitación del acceso a locales o incluso pagos provisionales. A estas tres categorías se une, en las Reglas, la "preservación" de prueba: que, atendido el tenor del precepto correspondiente, incluye tanto la anticipación como el aseguramiento de prueba.

Las Reglas abordan de modo unitario sólo las cuestiones de procedimiento. Los presupuestos materiales se regulan unos en la parte general y otros en la especial, por referencia a cada medida. Veámoslo.

IV. PRESUPUESTOS MATERIALES

1. ADECUACIÓN

La necesaria adecuación de la medida cautelar a la situación jurídica cautelable aparece explícita en el segundo párrafo del art. 184: la concreta medida debe ser “*suitable for its purpose*”, adecuada a su finalidad. En todo caso, la idea de adecuación a un fin se halla implícita ya en el primer párrafo del art. 184, que enumera las cuatro posibles funciones de las medidas; funciones que pueden, por cierto, solaparse, orientándose una misma medida a varias de esas funciones.

2. PROPORCIONALIDAD Y MENOR ONEROSIDAD

De entre las diversas medidas que pueden ser eficaces y adecuadas al fin propuesto, debe elegirse la que sea menos gravosa o perjudicial para la otra parte. El presupuesto de menor onerosidad se pone en relación con el principio de proporcionalidad. La regulación de las medidas cautelares trata, lógicamente, de equilibrar el interés del solicitante en salvaguardar sus derechos y el del demandado en reducir al mínimo el riesgo de que esas medidas causen un daño injustificado, especialmente si se adoptan *inaudita parte*. Ello se considera manifestación particular del principio de proporcionalidad consagrado con carácter general para el proceso civil europeo en los arts. 5.1 y 6 de las Reglas.

Así reza el art. 185:

Rule 185. Proportionality of provisional and protective measures	Article 185. Principe de proportionnalité
(1) A provisional and protective measure should impose the least burden on the respondent.	1) La mesure provisoire ou conservatoire ordonnée par le juge doit imposer au défendeur le fardeau le moins lourd possible au regard de l'effet recherché.
(2) The court must ensure that the measure's effects are not disproportionate to the interests it is asked to protect.	2) Le juge veille à ce que les effets de la mesure ne soient pas disproportionnés au regard des intérêts dont la protection est requise.

Manifestación de este presupuesto es la posibilidad que se reconoce al demandado, en el art. 187.1, de ofrecer caución sustitutoria –incluso en forma de compromiso formal, según se aclara en el comentario al precepto– en sustitución de la medida solicitada o ya acordada.

Rule 187. Security	Article 187. Garanties
(1) When assessing whether to grant or continue a provisional or protective measure the court may consider whether security can be provided by the respondent in lieu of the order.	1) Lorsqu'il se prononce sur l'octroi ou le maintien d'une mesure provisoire ou conservatoire, le juge peut tenir compte de la possibilité pour le défendeur de fournir une garantie se substituant à la mesure.

La misma idea, junto con la esencial variabilidad de las medidas –siempre adoptadas *rebus sic stantibus*–, se refleja en el art. 189, que permite al demandado solicitar del tribunal su modificación, suspensión o alzamiento si cambian las circunstancias.

Rule 189. Review and appeal	Article 189. Révision de la mesure e voies de recours
(1) The court may, either on application of a party or on its own motion, modify, suspend, or terminate a provisional or protective measure if satisfied that a change in circumstances so requires.	1) Le juge peut modifier, suspendre une mesure provisoire ou conservatoire ou mettre fin si un changement de circonstances l'exige.

3. FUMUS BONI IURIS

Adecuación y proporcionalidad y menor onerosidad son, como decíamos, los dos presupuestos materiales que se formulan en la parte general del capítulo, común a toda medida cautelar. Brilla por su ausencia, en esta sección general, cualquier alusión a lo que en España y otros países designamos con las expresiones *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. Pero una lectura atenta de la parte especial revela la presencia de estos presupuestos, formulados de uno u otro modo, en todos los casos objeto de regulación particular.

Ninguna medida cautelar puede adoptarse, en efecto, sin que el solicitante acredite, siquiera indiciariamente, la realidad de su derecho, permitiendo así al tribunal efectuar un juicio de verosimilitud sobre el aparente fundamento de la pretensión formulada en el proceso principal. Este presupuesto, la apariencia de buen derecho, se exige en las cuatro medidas concretas que se regulan de modo específico en las Reglas. Así, para las medidas de conservación de activos:

Rule 193. Criteria for awarding asset preservation orders	Article 193. Conditions de délivrance d'une ordonnance de conservation de biens
A party seeking an order under Rule 192 must show that:	La partie qui sollicite une mesure en vertu de l'article 192 est tenue de démontrer que:
(a) their claim for relief has a good chance of succeeding on its substantive merits, ...	a) Elle a des chances sérieuses d'obtenir gain de cause au fond, ...

Y en las de reglamentación:

Rule 197. Criteria for awarding a regulatory measure	Article 197. Conditions de délivrance d'une mesure de règlement provisoire
A party seeking an order under Rule 196 must show:	La partie qui sollicite le prononcé d'une mesure sur le fondement de l'article 196 est tenue de démontrer:
(a) it has a good chance of succeeding in the proceedings; ...	a) qu'elle a des chances sérieuses d'obtenir gain de cause dans la procédure au fond; ...

Otro tanto en la única medida anticipatoria que se regula específicamente, la orden de pago provisional:

Rule 201. Criteria for awarding an interim payment	Article 201. Conditions d'octroi d'une provision
(1) An applicant seeking an order under Rule 200 must show that:	1) La partie sollicitant une décision en application de l'article 200 doit établir:
(a) the defendant has admitted that they are liable to pay a monetary sum to the applicant, or the applicant has obtained a final judgment on liability, or it is highly likely that the applicant will obtain at least the amount sought in a final judgment; ...	a) que le défendeur a reconnu son obligation dans la procédure sur le fond de payer une somme d'argent au requérant, ou bien qu'un jugement en ce sens a été obtenu par celui-ci, ou encore qu'il est vraisemblable que le requérant obtiendra au moins le montant demandé sur le fond; ...

También ese presupuesto se halla presente, en fin, en las medidas de anticipación o aseguramiento de prueba:

Rule 199. Criteria for awarding an evidence preservation measure	Article 199. Conditions de délivrance d'une mesure de conservation de preuve
A party seeking an evidence preservation order must show that: ...	La partie sollicitant une injonction de conservation de preuve doit démontrer ...
(b) if the order requires access to a party or non-party's property the applicant has a strong <i>prima facie</i> case in respect of the merits of the applicant's claim or proposed claim for relief.	b) si la mesure nécessite l'accès à la propriété d'une partie ou d'un tiers, que le requérant a des éléments manifestement solides au soutien de sa demande ou de la demande qu'il envisage de former.

La reiteración de la idea, aun formulada de modo diverso y ajustado a cada caso, suscita la pregunta de si no hubiera sido preferible su ubicación sistemática, como presupuesto común, en la parte general. Sea como fuere, debe consignarse como presupuesto material en esta breve visión panorámica de las medidas cautelares en las Reglas europeas.

4. PERICULUM IN MORA

Otro tanto sucede con el *periculum in mora*. No aparece en la parte general de la regulación europea. Subraya el comentario que acompaña al art. 184 que, a excepción de lo previsto en especial para los pagos anticipados, "*urgency is not a specific requirement*" (15).

Pero la expresión *periculum in mora* no debe entenderse hoy –así, entre otros, en nuestro sistema– como referida literalmente a la demora, a la urgencia, sino a toda situación de riesgo de ineffectividad del proceso o de la eventual sentencia estimatoria. Sin un concreto peligro que conjurar, toda tutela cautelar carece de sentido; más que un presupuesto, constituye su razón de ser (16).

Así lo confirma la lectura de la parte especial: ahí está, en todos los casos, la referencia a ese riesgo inherente a toda tutela cautelar. Por ejemplo, en las medidas de conservación de activos:

Rule 193. Criteria for awarding asset preservation orders	Article 193. Conditions de délivrance d'une ordonnance de conservation de biens
A party seeking an order under Rule 192 must show that: ...	La partie qui sollicite une mesure en vertu de l'article 192 est tenue de démontrer que: ...
(b) it is likely that, without such an order, enforcement of a final judgment against the respondent will be impossible or exceedingly difficult.	(b) Il est vraisemblable qu'en l'absence de prononcé de la mesure, l'exécution de la décision définitive contre le défendeur serait impossible ou excessivement difficile

Y en las de reglamentación:

Rule 197. Criteria for awarding a regulatory measure	Article 197. Conditions de délivrance d'une mesure de règlement provisoire
A party seeking an order under Rule 196 must show:	La partie qui sollicite le prononcé d'une mesure sur le fondement de

	l'article 196 est tenue de démontrer:
(a) it has a good chance of succeeding in the proceedings; or	a) qu'elle a des chances sérieuses d'obtenir gain de cause dans la procédure au fond; ou bien
where there is a significant risk that damages to the respondent will not be capable of providing adequate compensation for any interference with their rights if the proceedings are dismissed, that there is a very strong possibility that the applicant will succeed in the proceedings; and	b) s'il existe un risque significatif que le préjudice causé au défendeur ne puisse donner lieu à réparation adéquate en cas d'atteinte à ses droits en cas de rejet de la demande principale, qu'il est vraisemblable que le demandeur obtienne gain de cause dans la procédure sur le fond; et
(b) the order is necessary to regulate the substantive issue or issues in dispute pending final determination of the proceedings.	c) (17) que la mesure est nécessaire pour régler provisoirement les questions de fond litigieuses en attendant la décision sur le fond dans la procédure principale

En la única medida anticipatoria regulada, la orden de pago adelantado, el *periculum* se manifiesta específicamente –ahora sí– en forma de urgencia:

Rule 201. Criteria for awarding an interim payment	Article 201. Conditions d'octroi d'une provision
(1) An applicant seeking an order under Rule 200 must show that: ...	1) La partie sollicitant une décision en application de l'article 200 doit établir: ...
(b) they are in urgent need of payment by the defendant.	b) qu'un paiement de la part du défendeur est requis de façon urgente.

Por último, también este presupuesto se halla presente en las medidas de anticipación y aseguramiento de prueba:

Rule 199. Criteria for awarding an evidence preservation measure	Article 199. Conditions de délivrance d'une mesure de conservation de preuves
A party seeking an evidence preservation order must show that:	La partie sollicitant une injonction de conservation de preuve doit démontrer:
(a) there is a real risk that unless the order is made the evidence will not be available for determining the substantive proceedings on their merits; ...	a) qu'il existe un risque réel qu'en l'absence d'injonction, les preuves ne soient pas accessibles pour trancher l'affaire sur le fond; ...

Cierto es que la alternancia de conjunciones copulativas y disyuntivas –la exigencia cumulativa o alternativa de los presupuestos– exige una mirada más detenida a cada tipo de medidas para establecer el grado en que este presupuesto se exige con carácter más o menos general. Pero ese juego sutil no deja de suscitar dificultades interpretativas. ¿*Quid* de las medidas atípicas o innominadas, las múltiples medidas posibles que no son objeto de regulación especial? No hay duda de que les son de aplicación las normas contenidas en la parte general, que guarda completo silencio sobre el *periculum*. ¿Debe ello entenderse como *argumentum e silentio* para descartar la exigencia de este presupuesto? El carácter específico, restringido a ciertas medidas, de la parte especial, podría abonar esa interpretación restrictiva. Y sin embargo, ¿qué impide recurrir a la analogía con la medida típica más cercana, y exigir un riesgo análogo al allí enunciado? ¿No afecta la existencia de un *periculum*, concretado del modo que sea, a la propia razón de ser de toda medida cautelar, y por tanto debe exigirse siempre, se diga o no expresamente?

5. CAUCIÓN Y RESPONSABILIDAD

El art. 187 permite supeditar la concesión de una medida cautelar a la prestación de caución, por ejemplo en forma de aval bancario emitido por la parte o por un tercero, o cualquier otro tipo de garantía que se considere suficiente. Se reconoce al tribunal amplia discrecionalidad en la materia: deberá valorar, según las circunstancias de cada caso, si la garantía es necesaria, y también si es asequible o, por el contrario, puede suponer un obstáculo al derecho del solicitante a la tutela cautelar.

Esta posible exigencia de caución es reflejo de la grave responsabilidad del solicitante de las medidas por los daños y perjuicios que puedan causar al demandado o incluso a terceros. Pueden todos ellos, en efecto, sufrir daños muy considerables sin las plenas garantías del proceso ordinario. Esta responsabilidad se formula expresamente, y en términos rotundos, en otro precepto de la parte general, el art. 190.

Se transcriben conjuntamente ambas disposiciones para facilitar la percepción de su unidad conceptual:

Rule 187. Security	Article 187. Garanties
... (2) As a condition of granting or continuing a provisional or protective measure the applicant may, depending on the circumstances, be required to provide appropriate security.	... 2) Si les circonstances le justifient l'octroi ou le maintien d'une mesure provisoire ou conservatoire peut être subordonné à la constitution par le demandeur d'une garantie appropriée.

Rule 190. Applicant liability	Article 190. Responsabilité du requérant
(1) If a provisional or protective measure is set aside, lapses, or if the	1) Si la mesure provisoire ou conservatoire est annulée, cesse ses

proceedings are dismissed on procedural grounds or on their merits, the applicant must compensate the respondent for such loss or damage caused by the measure.	effets ou s la demande sur le fond est rejetée, le requérant est tenu de réparer la perte ou le dommage que la mesure a causé au défendeur.
(2) The applicant is liable to compensate non-parties for any damages, and expenditure incurred as a consequence of complying with the measure.	2) Le requérant est tenu de réparer tou dommage et dépenses engagées par le tiers pour mettre en oeuvre l'ordonnance

V. MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS

Las Reglas permiten solicitar y adoptar cualquier medida que cumpla con estas funciones y presupuestos. No obstante, como se viene diciendo, la parte especial se detiene en cuatro tipos de medidas –con sus subtipos, en algún caso–, consideradas necesitadas de regulación específica. Son las siguientes:

1. MEDIDAS DE CONSERVACIÓN DE ACTIVOS

Rule 192. Types of asset preservation measure	Article 192. Différentes mesures de pré servation des biens
A court may grant, on application by a party, any of the following asset preserva tion orders for the purpose of protecting their claim:	En vue de protéger un droit, le juge peut sur requête, prononcer une des mesures suivantes:
(a) an attachment order, which is an order authorising provisional attach ment of the respondent's assets,	a) autoriser la saisie conservatoire des biens du défendeur; ou bien
(b) an asset restraining order, which is an interim order preventing the responden from disposing of, or dealing with, their assets, or	b) interdire provisoirement au défen deur de disposer de ses biens ou de con clure tout acte d'usage y afférent, ou
(c) a custodial order, which is an order that the respondent's assets shall be placed in the custody of a neutral non-party (a custodian).	c) ordonner que les biens du défendeu soient placés sous la garde d'un tiers.

La diferencia entre las órdenes de embargo y las prohibiciones de enajenar a que aluden las letras a) y b) de este artículo radica en el carácter real o personal de la restricción.

2. MEDIDAS DE REGLAMENTACIÓN

Rule 196. Measures to perform or refrain from performing an action	Article 196. Mesures imposant une obli gation de faire ou de ne pas faire
The court may grant the applicant a mea sure to regulate the relationship between parties in relation to a non-pecuniary claim for relief on a provisional basis Such a measure may require the respon dent to act or to refrain from acting in a manner specified in the court's order.	Le juge peut prononcer au profit du requérant une mesure tendant à régle provisoirement la relation entre les par ties au regard d'une obligation non pécuniaire imposant au défendeur une obligation de faire ou de ne pas faire selon les modalités prescrites par sa décision.

Esta norma establece el alcance de las órdenes de hacer o no hacer alguna cosa. Como señala el propio comentario, estas medidas desempeñan principalmente las funciones descritas en los apartados c) y d) del párrafo 1 del art. 184: preservar la existencia y el valor de los bienes litigiosos; prevenir o mitigar un daño; reglamentar, durante la pendencia del proceso, aspectos controvertidos de la situación litigiosa o de la relación entre las partes. La norma resulta únicamente de aplicación a las medidas relativas a pretensiones de condena no pecuniaria; para las pretensiones de condena pecuniaria son seguramente más adecuadas –en muchos casos, no en todos– las medidas de conservación de activos que acabamos de estudiar.

3. MANDAMIENTOS DE PAGO ANTICIPADO

Rule 200. Interim payment measures	Article 200. Mesures de paiemen provisionnel
A court may grant the claimant an interim payment order in relation to a monetary claim, either wholly or in part to satisfy the claim in the proceedings, in anticipation of the expected outcome.	Le juge peut octroyer au demandeur une provision totale ou partielle sur le paie ment d'une créance de somme d'argen en vue de faire droit à la demande de la procédure principale en anticipation du résultat attendu.

Según explica el comentario a esta disposición, no existen mandamientos de pago provisional en aproximadamente la mitad de los Estados miembros de la UE. Estos mandamientos de pago tienden a prevenir o mitigar daños ulteriores; por ejemplo, en la situación financiera de empresas o particulares. Conforme a su naturaleza abiertamente anticipatoria de la tutela pretendida en el proceso principal, deben reembolsarse, con intereses, si esa tutela se ve luego desestimada.

El comentario señala también que, en los sistemas que prevén este tipo de mandamientos de pago, su concesión suele sujetarse a requisitos más estrictos que los exigidos para otros tipos de medidas: por ejemplo, cuando el demandado ha admitido su responsabilidad, o el actor ha obtenido sentencia favorable sobre responsabilidad y queda sólo pendiente la determinación del *quantum* (18).

4. ANTICIPACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE PRUEBA

Rule 198. Evidence preservation orders	Article 198. Ordonnance de conservation de preuves
(1) The court has the power to secure evidence on the application of a party to proceedings through the following interim measures:	1) Sur requête d'une partie au procès, le juge est habilité à obtenir des éléments de preuve en ordonnant les mesures provisoires suivantes:
(a) hearing witness evidence or taking of witness evidence by a third party acting on its behalf;	a) audition d'un témoin par le juge ou par un tiers délégué par lui;
(b) requiring the preservation or protection of evidence by the parties or by requiring it to be placed in the custody of a custodian;	b) obligation pour les parties de préserver ou de protéger des preuves, ou de placer les preuves sous séquestre entre les mains d'un tiers neutre;
(c) appointing an expert to provide expert opinion evidence.	c) désignation d'un expert afin qu'il présente un rapport d'expertise.
(2) Evidence preservation orders may, where necessary, authorise access to the evidence. Access may be subject to such conditions as the court considers just.	2) Les injonctions de conservation de preuves peuvent, en cas de nécessité autoriser l'accès aux preuves. Cet accès peut être soumis aux conditions que le juge estimera pertinentes.

Como es sabido, la anticipación y aseguramiento de la prueba se concibe en nuestro sistema –y en otros– como algo sustancialmente distinto de la tutela cautelar, pues ésta se centra en la efectividad de la sentencia, y no en la disponibilidad de la prueba o la integridad del procedimiento (“*integrity of the legal process*”, en palabras del comentario al art. 198). El tratamiento común no es, empero, infrecuente en el panorama comparado, y ello tanto en jurisdicciones europeas como en el ámbito del arbitraje internacional: así el art. 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional.

Se orientan estas medidas a conjurar el peligro de que una prueba no pueda practicarse en el momento procesal ordinariamente previsto para ello: y ello tanto adoptando medidas que eviten la desaparición, pérdida, menoscabo, manipulación, ocultación o destrucción de objetos materiales o estados de cosas que podrán verosíblemente fundar la actividad probatoria, como adelantando su proposición y práctica si existe riesgo cierto (“*real risk*”, art. 199) de que, por razón de la situación de las personas o del estado de cosas en cuestión, no pueda practicarse la prueba más tarde, como sucede si un testigo se encuentra muy enfermo o el lugar objeto de examen corre peligro de desaparecer (19). Todas estas medidas encuentran cabida, sin distinción entre anticipación y aseguramiento, en la regla transcrita, que habla en general de la potestad del tribunal “*to secure evidence*” (párrafo 1.º) y que menciona expresamente la práctica anticipada de prueba testifical y pericial y la protección o custodia de “*evidence*” (párrafo 1.º, apartado b), en su sentido más lato y menos técnico.

VI. PROCEDIMIENTO

Como la LECiv/2000, las Reglas europeas establecen un régimen jurídico unitario para la adopción, oposición, modificación y alzamiento de las medidas cautelares.

1. MOMENTOS POSIBLES PARA SOLICITAR MEDIDAS CAUTELARES

Nada disponen las Reglas europeas sobre el momento en que deban solicitarse las medidas cautelares. La única disposición al respecto versa sobre la situación que suscitan las medidas solicitadas antes de iniciarse el procedimiento, *ante causam*. Se da por supuesto que podrán solicitarse junto con la demanda principal, o incluso más tarde, ya *lite pendente*, al producirse la situación jurídica cautelable con sus presupuestos: pues no hay precepto análogo al art. 730.4 LECiv/2000, que restrinja la posibilidad de solicitar las medidas en un momento ulterior si la situación jurídica cautelable con sus presupuestos se daba ya al momento de presentarse la demanda.

Pero volvamos a la regulación armonizada, y más en concreto al art. 188, que regula las medidas *ante causam*:

Rule 188. Initiation of proceedings	Article 188. Engagement de la procédure sur le fond
(1) Where the applicant has been granted a provisional or protective measure before initiating proceedings under Rules 21(1), 53, such proceedings must be initiated before the date set by the court. Where the court does not set such a date or it is not otherwise specified by the applicable law, the applicant shall initiate such proceedings within two weeks of the date of the issue of the decision granting the remedy. The court can extend the period on the request of a party.	1) Si le demandeur a bénéficié d'une mesure provisoire ou conservatoire avant d'engager la procédure sur le fond, cette dernière est introduite avant une date fixée par le juge. Si le juge ne fixe pas de date ou en l'absence de dispositions contraires de la loi applicable, le requérant introduit la procédure sur le fond dans le délai de deux semaines à compter de la date du prononcé de la mesure provisoire ou conservatoire. Sur requête d'une partie, le juge peut proroger le délai.
(2) If proceedings have not been initiated as required by Rule 188(1), the measure shall lapse, unless the court provides otherwise.	(2) Si la procédure principale sur le fond n'a pas été engagée conformément à l'alinéa précédent, la mesure cesse de produire ses effets, sauf décision contraire du juge.

En primer lugar, nada se dice aquí de un *periculum* cualificado (20), “razones de urgencia o necesidad” específicas. En realidad, la posibilidad se acepta como un *datur*: que el solicitante haya obtenido (“*has been granted*”) las medidas antes de interponer la demanda, sin entrar a regular las condiciones de esa concesión (ese “*granting*”).

En segundo lugar, el tribunal conferirá el plazo que considere oportuno para interponer la demanda, en el ejercicio de sus poderes de gestión procesal: que son, en las Reglas, más flexibles que rígidos, más discrecionales que reglados (21). En defecto de plazo fijado por el tribunal o por la ley procesal nacional

aplicable (22), se establece un plazo subsidiario de dos semanas desde la adopción de las medidas: plazo más breve, por tanto, que el de veinte días que prevé la LECiv/2000. De acuerdo con la flexibilidad ya mencionada, el tribunal podrá prorrogar el plazo a instancia de parte. De no presentarse la demanda en el plazo correspondiente, y salvo que se disponga otra cosa, la medida decaerá (“*shall lapse*”); esto es, no se alzar de oficio, sino que quedará automáticamente sin efecto, aunque pueda luego –entendemos– corroborarse explícitamente esa falta de vigencia.

Se refleja en este precepto, en buena parte, el sistema español (23); países como Francia, Alemania o los Países Bajos parecen desconocer, con carácter general, ese deber de iniciar el proceso principal en determinado plazo.

2. MEDIDAS INAUDITA PARTE Y PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Por regla general, las medidas se adoptarán previa audiencia del demandado; se prevé, no obstante, con el mismo carácter excepcional que en España –y salvo para el caso de pagos anticipados (art. 201.3)–, la posibilidad de su adopción *inaudita parte* (24). En estos casos, el demandado es oído, por supuesto –es principio insoslayable (25)–, pero sólo una vez la medida ha sido ya adoptada, evitando así que el fin perseguido con la medida no se vea frustrado, bien por acciones posibles del demandado, bien por simples razones de urgencia.

He aquí la regulación:

Rule 186. Without-notice (<i>ex parte</i>) procedure	Article 186. Procédure sur requête
(1) The court may order a provisional or protective measure without-notice (<i>ex parte</i>) only if, in the circumstances, proceedings with-notice (<i>inter partes</i>) would frustrate the prospect of the applicant receiving effective protection of their interests.	1) Le juge ne peut ordonner une mesure provisoire ou conservatoire en l'absence de partie adverse que si, au regard de circonstances, une procédure contradictoire compromettrait la protection effective des intérêts du requérant.
(2) When granting an order without-notice the court must give the respondent an opportunity to be heard at the earliest possible time, that date to be specified in the order that was made without-notice. The respondent should be given notice of the order and of all the matters relied upon before the court to support it as soon as possible.	2) Lorsqu'il délivre une ordonnance en l'absence de partie adverse, le juge me le défendeur en mesure d'être entendu le plus rapidement possible à une date indiquée dans l'ordonnance. L'ordonnance et les éléments de fait et de droit invoqués devant le tribunal au soutien de la requête sont notifiés au défendeur le plus tôt possible.
(3) An applicant must fully disclose to the court all facts and legal issues relevant to the court's decision whether to grant relief and, if so, on what terms.	3) Le requérant communique au juge tous éléments de fait et de droit pertinents pour la décision judiciaire sur le point de savoir s'il convient d'accorder la mesure sollicitée et, le cas échéant, selon quelles modalités.
(4) The court must make a prompt decision concerning any objection to the grant of a provisional or protective measure or its terms.	4) Le juge statue à bref délai sur les objections formulées à l'encontre de la mesure provisoire ou conservatoire ou de ses modalités.

El actor tiene el deber de revelar toda circunstancia relevante, aunque no le favorezca (párrafo 2.º). La medida debe notificarse al demandado inmediatamente después de adoptada, dándosele traslado tanto del auto como de los documentos que le sirven de fundamento (párrafo 2.º). No se establece plazo fijo para la celebración de la audiencia, pero sí la necesidad de efectuar el señalamiento en el propio auto en que se adopte la medida (párrafo 2.º). Si se formula oposición, deberá resolverse con especial celeridad (párrafo 4.º). Según matiza el comentario a esta disposición, el tribunal no se limitará entonces a revisar la cautela ya adoptada, sino que se valorarán nuevamente, de manera íntegra (26), argumentos y pruebas o indicios.

3. MODIFICACIÓN, ALZAMIENTO, RECURSOS

El tribunal puede revisar, modificar, suspender o alzar la cautela adoptada; normalmente a instancia de parte, pero también de oficio si se estima necesario, según puntualiza el comentario al art. 189.1. El art. 189.2 hace recurribles todas las decisiones –adopción, desestimación, modificación, suspensión, alzamiento– en materia de tutela cautelar.

De conformidad con el art. 187.1, como ya se vio, el demandado puede ofrecer caución sustitutoria, tanto antes como después de adoptada la medida, e incluso en forma de compromiso formal asumido frente al tribunal.

4. SANCIONES

Estos últimos expedientes se orientan a la protección los intereses del demandado, expuesto desde luego a graves daños con la quebradiza garantía de un juicio meramente indiciario. Pero, una vez adoptada la medida, debe cumplirla; para disuadirle de lo contrario, le recuerda el art. 191 que es aplicable en materia cautelar toda la batería de sanciones que prevé el art. 27 de las Reglas, y que van desde la condena en costas hasta la responsabilidad penal, pasando por la inferencia adversa o la multa, incluso en forma de *astreinte*: la que resulte más adecuada y proporcional. La única medida que queda al abrigo de esta recia potestad sancionadora es la del mandamiento de pago anticipado, seguramente por constituir el grado máximo de intromisión, en sede cautelar, en la esfera patrimonial del deudor.

1.El autor agradece la valiosa ayuda prestada en las labores de investigación y edición por D. Ignacio Belmar González, colaborador de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Procesal Civil Europeo de IE University. Este capítulo es producto de las actividades de investigación y difusión de la Cátedra Jean Monnet arriba mencionada, financiadas por la Comisión Europea.

2.Puede consultarse, en sus versiones inglesa y francesa, en <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2020session/cd-99-b/cd-99-b-10-rev-e.pdf>.

3.Llamamos 'artículos' a lo que ALI-UNIDROIT denomina '*principles*' y ELI-UNIDROIT '*rules*'. La preferencia en este texto por '*rule*' en detrimento de '*article*' es sin duda reflejo de las *Civil Procedure Rules* inglesas, si bien '*article*' es sustantivo ampliamente utilizado en inglés jurídico al menos desde los tiempos de Jeremy Bentham: así en la producción normativa de la UE, ELI, UNIDROIT, CNUDMI, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la propia legislación inglesa. En español, como en la versión francesa de las Reglas, emplearemos 'artículo' para referirnos a las divisiones

convencionales de este texto articulado y distinguirlas así de las *regulae iuris* que pueden contener o enunciar.

4. Cierta convergencia existe, sin duda, en aspectos más generales, como los principios procesales, las relaciones entre juez y partes o el acceso a la prueba; pero aun en estos ámbitos la diversidad no es en absoluto baladí. En extremos de mayor arrastre histórico, como recursos y costas, la identificación de un tronco común habría sido imposible.
5. El grupo de trabajo dedicado a las medidas cautelares tuvo como ponentes al principio a Neil Andrews y Gilles Cuniberti y más tarde a Xandra Kramer, Remo Caponi y John Sorabji, y lo formaban, además, Torbjörn Andersson, Fernando de la Mata y Alan Uzelac.
6. El 4 de julio de 2017 el Parlamento Europeo propuso a la Comisión la elaboración de una propuesta de directiva sobre estándares mínimos comunes de proceso civil en la UE. Puede consultarse la resolución, junto con un resumen de su contenido, en <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-common-standards-in-the-field-of-civil-procedure>. Adviértase, no obstante, que no se trata de un proyecto de la UE y limitado a sus Estados miembros: desde el principio se tuvieron en cuenta legislaciones de terceros países, igualmente europeos. Habida cuenta de la influencia en el texto del sistema procesal inglés, ese carácter europeo, pero no de la UE, es lo que permite salvar el escollo que de otro modo podría suponer el *Brexit*.
7. 8. *Provisional and protective measures*
 - 8.1. *The court may grant provisional relief when necessary to preserve the ability to grant effective relief by final judgment or to maintain or otherwise regulate the status quo. Provisional measures are governed by the principle of proportionality.*
 - 8.2. *A court may order provisional relief without notice only upon urgent necessity and preponderance of considerations of fairness. The applicant must fully disclose facts and legal issues of which the court properly should be aware. A person against whom ex parte relief is directed must have the opportunity at the earliest practicable time to respond concerning the appropriateness of the relief.*
 - 8.3. *An applicant for provisional relief should ordinarily be liable for compensation of a person against whom the relief is issued if the court thereafter determines that the relief should not have been granted. In appropriate circumstances, the court must require the applicant for provisional relief to post a bond or formally to assume a duty of compensation.*
8. Reglamento (UE) N (O) 655/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil.
9. Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.
10. Reglamento (UE) N (O) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
11. Disponible en español en https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.
12. Principios de la Asociación de Derecho Internacional (ILA, por sus siglas en inglés) sobre medidas provisionales y de protección en los litigios internacionales, de 1996, accesibles para su adquisición en <https://www.ila-hq.org/index.php/ordersdb>.
13. STORME, M., "Study on the approximation of the laws and rules of the Member States concerning certain aspects of the procedure for civil litigation" (Final Report, Dordrecht, 1994).
14. Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: "Medidas provisionales y cautelares. Art. 24. Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Convenio, un tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo".
15. Si bien esa misma palabra se cuela luego al regular la sentencia en rebeldía en el art. 138.4: "*the court may grant, in case of urgency, any provisional or protective measures*".
16. DÍAZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Las medidas cautelares" (revisada y puesta al día por GASCÓN INCHAUSTI, F.), en *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte especial* (con DE LA OLIVA SANTOS, A., VEGAS TORRES, J.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 517-539, en p. 521.
17. La versión francesa divide el art. 197 en tres partes, a), b) y c).
18. *Vid. supra* sobre los presupuestos materiales en este tipo de medidas.
19. DE LA OLIVA SANTOS, A., "LA PRUEBA CIVIL" (REVISADA Y PUESTA AL DÍA POR SÁNCHEZ LÓPEZ, B.), EN CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL II, PARTE ESPECIAL (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 115-143, en p. 139.
20. DÍAZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *op. cit.*, p. 533.
21. Las concretas expresiones de la potestad judicial en la gestión del proceso se enumeran en el art. 49 a la manera de las *Civil Procedure Rules* inglesas, fuera de un plazo determinado, sin referencia a un momento procesal concreto.
22. Se adivina aquí una de las maneras en que podrían las Reglas –por ahora texto puramente académico, no vinculante, *soft law*– adquirir vigencia: mediante una doble regulación del proceso civil, en la que las normas europeas operarían como Derecho procesal común, de aplicación supletoria al Derecho procesal especial de cada Estado miembro. La misma idea explica seguramente la ausencia de regulación de los presupuestos de la adopción *ante causam* que acabamos de ver: ese "*has been granted*" puramente descriptivo, que pudiera estar aludiendo elípticamente a la cláusula "*under the applicable law*". No escapará sin duda al lector lo que este modo de proceder tendría de revolucionario en nuestro ordenamiento jurídico procesal.
23. Existe también en Italia y Rumania, así como en diversos reglamentos y directivas de la UE.
24. La versión inglesa de las Reglas contraponen aquí dos expresiones *anglo-latinas*: *ex parte* e *inter partes*. Permítasenos una breve observación sobre el empleo del latín jurídico en textos armonizados. La terminología empleada, *ex parte* o *inter partes* ('de parte' y 'entre las partes', respectivamente), proviene posiblemente de una evolución terminológica y semántica privativa de un determinado sistema jurídico, el inglés, precisamente el más alejado de la historia jurídica común. Pero el latín es parte esencial del patrimonio jurídico común de Europa: si se recurre a él en absoluto –el texto francés lo evita cuidadosamente–, entonces la terminología más ampliamente aceptada del *ius commune* –que en este caso pasa por la adopción *inaudita altera parte* o *inaudita parte debitoris* ('habiendo oído a la otra parte' o 'al deudor')– debiera seguramente prevalecer sobre términos latinos con usos y acepciones aisladas.
25. El principio de audiencia se formula con carácter general en los arts. 11 y 12.
26. *De novo*, según dice en latín el comentario oficial en inglés.