



La suspensión de obligaciones contractuales en sede cautelar

Luis Gómez-Iglesias Rosón

Abogado de Uría Menéndez

luis.gomez-iglesias@uria.com | <https://orcid.org/0000-0002-5767-8731>

Carlos Francés Bataller

Abogado de Uría Menéndez

carlos.frances@uria.com | <https://orcid.org/0000-0002-3195-0442>

Este trabajo ha obtenido ha sido finalista en el **Premio «Estudios Financieros» 2021** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Antonio Ortí Vallejo, doña Dolores Bardají Gálvez, don Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero, don Carlos Gómez Asensio, doña Sara González Sánchez, doña Pilar Gutiérrez Santiago, don Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas y doña Linda Navarro Matamoros.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

Han proliferado en los últimos tiempos resoluciones de nuestros juzgados y tribunales que conceden medidas cautelares por las que se suspenden los efectos de obligaciones contractuales. Estas medidas frecuentemente han sido resueltas en procedimientos judiciales, en los cuales una parte contractual promueve la ineficacia total o parcial de un contrato cuyas prestaciones le resultan singularmente gravosas, hasta el punto de comprometer su solvencia. Por ejemplo, la pandemia del coronavirus o la crisis financiera iniciada en 2008 han dado lugar recientemente al ejercicio de este tipo de acciones que tratan de modificar un contrato.

Habitualmente, esas resoluciones concluyen que concurre peligro en la demora debido a un riesgo de insolvencia del demandante. Es decir, se suspende una obligación de pago cuestionada en la demanda principal sobre la base de que, en caso de tener que satisfacer esa obligación, el actor se vería abocado a una situación de insolvencia. En tales casos se plantea la duda sobre la admisibilidad o no en nuestro ordenamiento de una medida cautelar que no solo adelanta los efectos de una posible sentencia estimatoria, sino que también comporta una alteración del estado de cosas previo al conflicto. También existe controversia sobre si el riesgo de que el demandante devenga en una situación concursal puede ser considerada a la hora de adoptar la medida.



Cómo citar: Gómez-Iglesias Rosón, L. y Francés Bataller, C. (2021). La suspensión de obligaciones contractuales en sede cautelar. *Revista CEFLegal*, 251, 33-56.



Para dar respuesta a esta problemática será necesario analizar y sistematizar la difícil regulación legal de las medidas cautelares en el ordenamiento procesal español, que presenta algunas cuestiones oscuras.

Pese a la notable importancia práctica de la cuestión, resulta llamativa la escasa atención que la doctrina ha dedicado a la posible alteración o suspensión de los contratos en sede cautelar. El presente trabajo se propone llenar ese vacío y aclarar si nuestro ordenamiento permite o no la modificación provisional de la relación contractual en tanto no se dicte sentencia sobre el fondo.

Palabras clave: medidas cautelares; medidas anticipatorias; medidas satisfactivas; riesgo de insolvencia.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021



Suspension of contractual obligations in interim proceedings

Luis Gómez-Iglesias Rosón

Carlos Francés Bataller

Abstract

There has been a recent proliferation of decisions by Spanish courts and tribunals ordering interim measures suspending the effects of contractual obligations. These interim measures have often been handed down in legal proceedings in which a contractual party is seeking the total or partial ineffectiveness of a contract whose performance is singularly onerous for that party, putting its solvency at risk. For instance, the coronavirus health crisis and the financial crisis that began in 2008 recently led to a spike in the filing of lawsuits seeking contractual modification.

These interim measures usually result in a finding by the court that a delay would be prejudicial by increasing the claimant's risk of insolvency. In other words, a payment obligation challenged in the claim is suspended on the basis that, if the payment obligation were to be satisfied, the claimant would be forced into insolvency. In such cases there is some doubt as to whether the Spanish legal system allows an interim measure that not only brings forward the effects of a potentially favorable judgment, but also simultaneously implies the alteration of the status quo prior to the dispute. There is also debate as to whether the risk of the claimant entering into a situation of insolvency can be taken into consideration by a court when deciding whether to order an interim measure.

In order to find a solution to this problem, it is necessary to analyze and systematize the difficult legal regulation of interim measures in Spanish procedural law, which involves some contentious issues.

Despite the significant practical importance of this subject, it is striking how little attention jurists have paid to the potential alteration or suspension of contracts in interim measures. This paper aims to fill that gap and clarify whether or not the Spanish legal system allows the provisional modification of a prior to the court issuing a final judgment.

Keywords: interim measures; precautionary measures; anticipatory actions; injunctive relief; risk of insolvency.

Citation: Gómez-Iglesias Rosón, L. y Francés Bataller, C. (2021). La suspensión de obligaciones contractuales en sede cautelar. *Revista CEFLegal*, 251, 33-56.





Sumario

1. Introducción y planteamiento
 2. El posible encaje de las modificaciones contractuales provisionales en la Ley de enjuiciamiento civil
 - 2.1. Las medidas anticipatorias: ¿«tutela cautelar» o «tutela sumaria»?
 - 2.2. El reconocimiento de las medidas anticipatorias en el artículo 726.2 de la LEC
 - 2.2.1. La regulación de las genuinas medidas cautelares en el artículo 726.1 de la LEC
 - 2.2.2. El reconocimiento de las medidas anticipatorias en el artículo 726.2 de la LEC «como» medidas cautelares
 - 2.3. La conservación del *statu quo* como límite de las medidas anticipatorias
 - 2.3.1. Medidas «conservativas» y medidas «innovativas»
 - 2.3.2. La conservación del *statu quo* en las medidas anticipatorias del artículo 727 de la LEC
 - 2.3.3. Inadmisibilidad de las medidas anticipatorias «innovativas»
 - 2.4. La inadmisibilidad de las modificaciones o suspensiones contractuales provisionales
 3. La posible caracterización del peligro en la demora procesal como el riesgo de insolvencia de la parte demandante
 - 3.1. El riesgo de insolvencia del demandante como consecuencia del cumplimiento de sus obligaciones contractuales desde la perspectiva de las medidas de carácter anticipatorio: ¿*periculum in damno*?
 - 3.2. El riesgo de insolvencia del demandante como consecuencia del cumplimiento de sus obligaciones contractuales desde la perspectiva de las medidas de carácter asegurativo: ¿*periculum in mora*?
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción y planteamiento

La crisis económica provocada por la pandemia del coronavirus está dando lugar al ejercicio de acciones de modificación contractual basadas en la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, con frecuencia promovidas por arrendatarios de locales comerciales. Esas demandas incluyen habitualmente peticiones de medidas cautelares que han dado lugar a un significativo número de «autos dictados por juzgados de primera instancia que acuerdan reducir temporalmente el importe de la renta a pagar por el arrendatario en un determinado porcentaje», en los que se ha venido considerando que concurre el requisito del peligro en la demora procesal cuando existe un «riesgo de insolvencia del arrendatario solicitante de no adoptarse las medidas solicitadas»¹. El propósito de este estudio es analizar el encaje de esa clase de medidas cautelares en nuestro ordenamiento procesal civil².

El interés práctico de la cuestión se ha multiplicado a raíz de la pandemia, pero su relevancia no se contrae a la actual situación. Y es que no es infrecuente que una parte contractual promueva la ineficacia total o parcial de un contrato cuyas prestaciones le resultan singularmente gravosas, hasta el punto de comprometer su solvencia. Así ocurrió, por ejemplo, durante la crisis financiera iniciada en 2008 cuando, ante el acusado desplome de los tipos de interés, multitud de empresas interpusieron demandas con las que pretendían anular contratos de permuta financiera, buscando también la suspensión cautelar de las obligaciones derivadas de aquellos contratos. También se ha pretendido la suspensión cautelar de los efectos de determinadas cláusulas contractuales reputadas abusivas para evitar las consecuencias negativas que su exigibilidad podría acarrear al demandante durante la pendencia del proceso.

Pese a la notable importancia práctica de la cuestión, resulta llamativa la escasa atención que la doctrina ha dedicado a la posible alteración o suspensión de los contratos en sede cautelar³. El presente trabajo se propone llenar ese vacío y aclarar si nuestro ordenamiento

¹ Así lo describen en un reciente artículo Virzi, Ros y Sánchez (2020, pp. 4-8).

² No es objeto del presente trabajo analizar la aplicabilidad de la doctrina *rebus sic stantibus* a los contratos afectados por la pandemia. A ello se ha dedicado un torrente doctrinal durante los últimos meses. Entre otros, *vid.* Gregoraci (2020).

³ En contra de la admisibilidad de estas medidas de modificación provisional de los contratos, Gilsanz (2012) y Giménez (2014). A favor, Juan (2013).

permite o no la modificación provisional de la relación contractual en tanto no se dicte sentencia sobre el fondo. Para ello, debe darse respuesta a dos cuestiones:

- a) En primer lugar, la concesión de estas medidas implica conceder cautelarmente la misma modificación contractual que se pretende en la demanda principal. No se trata, por tanto, de medidas cuya finalidad sea *asegurar* la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el futuro, sino *anticipar* esa misma tutela. Aunque no cabe duda de que las medidas anticipatorias se admiten en nuestro ordenamiento (arts. 726.2 y 727.7 LEC), en este trabajo se analizará si ese reconocimiento es de alcance general o si, por el contrario, existe algún límite para la adopción de esas medidas satisfactivas. A esta cuestión se dedicará el apartado 2 de este trabajo.
- b) En segundo lugar, como se ha indicado, las resoluciones que acogen la posibilidad de ordenar una modificación contractual con carácter cautelar han venido identificando el *periculum in mora* con el riesgo de insolvencia del solicitante para el caso de que no se adopten las medidas solicitadas. La segunda cuestión a que el presente trabajo pretende dar respuesta es si esos supuestos de peligro de insolvencia del demandante podrían constituir «situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria» (art. 728.1 LEC). El análisis de esta materia se encuentra en el apartado 3 de este trabajo.

Para dar respuesta a estas preguntas será necesario desgranar y sistematizar la regulación legal de las medidas cautelares en el ordenamiento procesal español. Debido a la mejorable redacción de la ley, puede advertirse en la doctrina y la jurisprudencia una sorprendente –por el carácter cotidiano con que se plantean estas cuestiones– confusión sobre la materia, en particular en todo lo que se refiere a las medidas de naturaleza anticipatoria. Así pues, aunque el principal propósito de este trabajo es resolver una concreta cuestión práctica, confiamos en que sirva también como modesta contribución dogmática que ayude a clarificar un sistema que, en efecto, presenta algunas cuestiones oscuras.

2. El posible encaje de las modificaciones contractuales provisionales en la Ley de enjuiciamiento civil

Pese al recelo con que algún sector de la doctrina española ha mirado tradicionalmente a las medidas de contenido anticipatorio (Carreras, 1962, p. 575; Serra, 1974; o Fernández-Ballesteros, 2001, p. 681), no cabe duda de que este instrumento de satisfacción inicial se encuentra admitido en nuestro ordenamiento procesal civil. La cuestión que este trabajo se plantea es si esa admisibilidad es de alcance general e ilimitado –incluyendo, por tanto, las medidas dirigidas a modificar temporalmente una relación contractual–, o si por el contrario

existe algún límite en su adopción. La cuestión es de suma importancia. La admisión generalizada de la posibilidad de realizar cualquier derecho con carácter inmediato y sin que se haya dictado sentencia sobre el fondo supondría admitir no solo la modificación o suspensión de una obligación contractual, sino también, por ejemplo, la posibilidad de que el juez ordene el pago de un crédito de forma provisional –al modo de las *référé provisions* del derecho francés– (Calderón, 1992), lo cual se ha visto como algo exótico en nuestra práctica procesal.

El análisis de esta cuestión comenzará por la caracterización de las medidas anticipatorias como instrumentos de naturaleza cautelar o sumaria (apartado 2.1). A continuación se analizará el reconocimiento de las medidas anticipatorias en el artículo 726.2 de la LEC (apartado 2.2), así como si la conservación del *statu quo* constituye o no un límite de esas medidas anticipatorias (apartado 2.3). Finalmente, se estudiará el caso concreto de las medidas de modificación contractual provisional en sede cautelar (apartado 2.4).

2.1. Las medidas anticipatorias: ¿«tutela cautelar» o «tutela sumaria»?

Antes de abordar el régimen de las medidas cautelares disciplinado en la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), conviene caracterizar con precisión el tipo de tutela que se pretende obtener con una petición de modificación provisional de un contrato. Como se advertía en la introducción de este trabajo, la suspensión de los efectos de una relación contractual no presenta el carácter asegurativo de una eventual sentencia estimatoria típicamente predicable de una medida cautelar. Por el contrario, una medida de tales características implica la satisfacción inmediata y anticipada de la misma tutela judicial que se busca obtener con la demanda.

Existe entre ambas formas de tutela una profunda diferencia funcional: mientras que las medidas cautelares se encaminan a permitir o facilitar la futura realización del derecho afirmado en la demanda, las medidas anticipatorias permiten actuar ese derecho *hic et nunc*, de forma inmediata.

Estas medidas anticipatorias participan de la naturaleza de la denominada «tutela sumaria». Los procesos sumarios permiten una realización del derecho que se afirma de manera singularmente expeditiva. La concesión o no de la tutela interesada se decide limitando las posibilidades de alegación y prueba, lo que determina esa celeridad del proceso, que es autónomo, al no depender de la existencia de un proceso principal, pero también eventualmente provisional, en la medida en que las partes podrán plantear un nuevo proceso «plenario» (es decir, sin limitaciones en la cognición) sobre el mismo objeto. Por ello, la mejor doctrina considera que se puede «distinguir netamente» la tutela jurisdiccional sumaria de las medidas cautelares porque «son cosas bien distintas» (Oliva, 2008, p. 53)⁴.

⁴ *Vid.*, sobre la cuestión, Calderón (1995, p. 4), Fernández-Ballesteros (2001, p. 691) y Gascón (1999, p. 52).

Como han recordado nuestros tribunales, las medidas cautelares en sentido estricto constituyen «un mecanismo para asegurar la efectividad de la tutela impetrada en el proceso principal –de declaración– del que forman parte indisociable y en función del cual existen, y no un mecanismo de tutela sumaria», por lo que «en puridad técnica no se puede pedir y obtener a través de la tutela cautelar las mismas restricciones, impedimentos y desapoderamientos con que podrá gravarse al sujeto pasivo tras la sentencia estimatoria»⁵.

2.2. El reconocimiento de las medidas anticipatorias en el artículo 726.2 de la LEC

La regulación sobre las medidas anticipatorias contenida en el artículo 726.2 de la LEC se ha calificado en ocasiones de «maremágnum» (Heras, 2001), cuando no se ha tachado directamente de «despropósito» (Paz *et al.*, 2000, p. 1.143), destacándose en todo caso las «dudas de interpretación e inteligencia que el artículo 726.2 ha despertado en doctrina o jurisprudencia»⁶. El presente apartado se propone arrojar luz y sistematizar esta difícil regulación. Para ello, es necesario trazar una nítida división entre las medidas cautelares clásicas o asegurativas del artículo 726.1 de la LEC y las medidas anticipatorias del artículo 726.2 de la LEC.

2.2.1. La regulación de las genuinas medidas cautelares en el artículo 726.1 de la LEC

Con carácter general, la LEC concibe las medidas cautelares como un instrumento «para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare» (art. 721.1 LEC). En esa línea, el artículo 726.1 de la LEC exige que la medida sea «exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente» (art. 726.1.1.ª LEC). Estos preceptos, que definen con carácter general las características de la tutela cautelar, recogen su concepción tradicional estrictamente asegurativa.

Es habitual en la doctrina sostener que las medidas anticipatorias podrían encuadrarse en la definición de medida cautelar del artículo 726.1 de la LEC, porque el precepto no se refiere solo a posibilitar la *ejecución*, sino «también a la finalidad de asegurar la *efectividad*

⁵ Por todos, *vid.* autos de las audiencias provinciales de Madrid (Sección 22.ª) de 31 de enero de 2012 (Roj: AAP M 2376/2012), de Barcelona (Sección 19.ª) de 30 de diciembre de 2011 (Roj: AAP B 6901/2011) o de Tarragona (Sección 3.ª) de 5 de abril de 2011 (Roj: AAP T 500/2011).

⁶ Auto de la Audiencia Previa de Barcelona (Sección 15.ª) de 15 de marzo de 2007 (Roj: AAP B 2772/2007).

de la sentencia» (Cordón, 2005). La historia legislativa del artículo 726.1.1.^a de la LEC, sin embargo, apunta en sentido contrario. La redacción definitiva que ahora se analiza se introdujo precisamente para evitar «una interpretación que viera la efectividad de la sentencia como algo distinto y mayor que su plena ejecución en sus propios términos»⁷.

Cuestión distinta es que las medidas satisfactivas se encuentren reconocidas específicamente en el artículo 726.2 de la LEC, como una excepción al régimen general de medidas cautelares asegurativas a que se refiere el artículo 726.1 de la LEC. Pero para aceptar la viabilidad de las medidas anticipatorias en nuestro ordenamiento no es necesario difuminar las fronteras entre dos instituciones que, como se ha indicado, son funcionalmente distintas.

2.2.2. El reconocimiento de las medidas anticipatorias en el artículo 726.2 de la LEC «como» medidas cautelares

Porque, en efecto, junto a las genuinas medidas cautelares del artículo 726.1 de la LEC, el artículo 726.2 de la LEC dispone que, bajo el mismo régimen «previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar *como tales* las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso». Se reconoce así la posibilidad de adoptar medidas anticipatorias bajo los moldes propios de las medidas cautelares, admitiendo implícitamente que no se trata de genuinas medidas cautelares, sino de otro tipo de instrumentos que, no por su naturaleza –que es sumaria– sino por efecto de la ley, podrán adoptar su fisonomía procesal.

El legislador disciplina así las medidas satisfactivas pese a que «no encaja[n] exactamente en el esquema de la medida cautelar» (González, 2013), por cuanto «parecen extra-

⁷ En la redacción del proyecto de Ley de enjuiciamiento civil se establecía que la medida cautelar debía ser «exclusivamente conducente a hacer posible la *ejecución o efectividad* de una eventual sentencia estimatoria». El texto definitivo del artículo 726.1.1.^a de la LEC fue introducido por la enmienda núm. 1.014 del Grupo Parlamentario Vasco EAJ-PNV en el Congreso motivada porque «hablar de ejecución o efectividad introduce un elemento de inseguridad innecesario, que, *entre otras posibles perversiones hermenéuticas, podría provocar una interpretación que viera la efectividad de la sentencia como algo distinto y mayor que su plena ejecución en sus propios términos*, algo así como un efecto útil que iría más allá de la concreta respuesta judicial a las pretensiones formuladas en la demanda».

La razón por la que la ley no se refiere a la «ejecución» sino a la «efectividad» de la tutela parece referirse a la conveniencia de dar cabida a la tutela cautelar en casos de pretensiones merodeclarativas o constitutivas. Así se desprende del Informe del Consejo General del Poder Judicial de 11 de mayo de 1998 sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil: «Tal vez el Anteproyecto debiera sustituir la expresión "sentencias de condena" por la más comprensiva de "sentencias estimatorias". Se evitaría así cualquier duda interpretativa que pudiera conducir a restringir la tutela cautelar en aquellos procedimientos donde se persiguiera un pronunciamiento meramente declarativo o constitutivo». Piénsese en una pretensión declarativa de dominio de un inmueble si el titular registral lo enajena a un tercero de buena fe durante la pendencia del proceso.

vasar la caracterización general de que la Ley de enjuiciamiento civil trata de dotar a todas las medidas cautelares como simples prevenciones para garantizar el éxito de la ejecución forzosa que vendría tras la obtención de sentencia favorable al demandante» (Torres, 2005). Como se ha observado agudamente en la práctica judicial, la redacción del artículo 726.2 de la LEC «revela el convencimiento de que no son medidas exclusivamente conducentes a asegurar la efectividad de la tutela judicial que pueda otorgarse en una sentencia eventualmente estimatoria»⁸.

Nos encontramos, por tanto, con que, por un lado, «el legislador parte de una concepción estricta de las medidas cautelares limitadas a aquellas que tienen por contenido y finalidad el aseguramiento de la ejecución forzosa de los pronunciamientos de condena que puedan contenerse en una eventual sentencia estimatoria» (art. 726.1 LEC) y, por otro lado, admite las medidas de naturaleza sumaria «que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso» (art. 726.2 LEC) (Díez-Picazo, 2000, p. 382).

Otra de las dificultades interpretativas que plantea el artículo 726.2 de la LEC es que el legislador alude crípticamente a órdenes «de contenido *similar* a lo que se pretenda en el proceso». Se ha sostenido que ello vendría a excluir aquellos casos en los que se pretenda en sede cautelar obtener exactamente lo mismo que en la demanda principal (Ortells, 2020, p. 704). Pero esta interpretación vendría a vaciar de contenido la tutela anticipatoria allí donde es indiscutiblemente necesaria. Piénsese, por ejemplo, en una acción de defensa de derechos de propiedad industrial con la que se pretende la cesación de un hecho ilícito acompañada de una medida anticipatoria idéntica para que esa misma cesación se produzca de inmediato.

Parece más bien que ese término «similar» encierra un «cierto giro eufemístico, al que acaso se recurre para rehuir la más acre, abrupta e irritante –pero más conforme con lo que en realidad se quiere expresar– locución de "lo mismo" o "por completo idéntico"», de modo que «el legislador estaría acudiendo a una perífrasis para decir algo que por cierto sentimiento de pudor no se aventura a manifestar abierta y directamente: que también se puede pedir y acordar con el calificativo y con el régimen jurídico de las "medidas cautelares" actuaciones propiamente ejecutivas»⁹. Se ha dicho también que no sería idéntico «lo que coincide en sus rasgos externos, pero no en todas sus circunstancias ni en su relevancia o eficacia jurídica», de modo que «no hay identidad [...] entre una prohibición temporal [...] y la condena a abstenerse en lo sucesivo de hacer aquello que, previamente, se prohibió hacer» (Oliva, 2008, p. 53).

⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) de 23 de marzo de 2004 (Roj: AAP M 2409/2004).

⁹ Véase nota anterior. Otra posible explicación es que «la expresión *de contenido similar* haya sido introducida por el legislador con el propósito de evitar recursos o cuestiones de inconstitucionalidad contra el precepto que, de haberse referido explícitamente a un contenido idéntico o igual, podría haber sugerido una suerte de *executio sine titulo*» (Ormazábal, 2011).

El debate doctrinal sobre este punto se antoja estéril. Es claro que el artículo 726.2 de la LEC admite las medidas anticipatorias. Si el término «similar» es un eufemismo o alude a su eficacia indiscutiblemente provisional nada aporta al debate.

2.3. La conservación del *statu quo* como límite de las medidas anticipatorias

2.3.1. Medidas «conservativas» y medidas «innovativas»

Como se ha visto, el artículo 726.2 de la LEC reconoce la admisibilidad de las medidas anticipatorias. Nos preguntamos ahora sobre el posible contenido de este tipo de tutela satisfactiva. La duda estriba en determinar si esa anticipación tiene un alcance ilimitado, lo que permitiría virtualmente cualquier tipo de satisfacción inmediata –piénsese no solo en la suspensión o modificación de una relación contractual, sino también en una posible medida de pago provisional–, o si, por el contrario, el contenido de las medidas anticipatorias debe respetar el carácter conservativo propio de las medidas cautelares.

Debe realizarse en este punto una precisión terminológica. En ocasiones se presentan las medidas «asegurativas» como equivalentes a las «conservativas» y también se alude de forma intercambiable a las «anticipatorias» y a las «innovativas» (Garberí Llobregat, 2007, pp. 40- 41; o Torres, 2007, pp. 840-841). Pero en realidad esas categorías se mueven en planos distintos. Los conceptos «asegurar» y «anticipar» ponen en relación la tutela principal con la tutela cautelar: la medida cautelar será asegurativa si se limita a posibilitar que en el futuro la tutela principal sea realizable, mientras que será anticipatoria si adelanta a la sede cautelar los efectos que se pretenden en la demanda. En cambio, el que las medidas sean «conservativas» o «innovativas» dependerá de si con ellas se trata de preservar el *statu quo* previo al conflicto –medidas «conservativas»– o si tienen como efecto alterar ese estado de cosas –medidas «innovativas»–¹⁰.

Admitida la posibilidad de pedir no solo el aseguramiento de la efectividad de la tutela principal, sino también de obtener una anticipación, se trata de determinar ahora si esa medida anticipatoria ha de ser necesariamente conservativa del *statu quo* o si puede ser también innovativa, dando como resultado un estado de cosas inédito hasta la adopción de la medida, es decir, con el efecto de satisfacer «lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido» (Ortells, 2020, p. 703)¹¹.

¹⁰ Es clara a este respecto la sistematización trazada con acierto por Ortells (2020, p. 700) sobre los posibles efectos de las medidas. El autor identifica certeramente tres categorías de posibles efectos: «efectos de aseguramiento»; «efectos de conservación de la situación existente en el momento de plantearse el litigio»; y «efectos innovativos de la situación existente al plantearse el litigio».

¹¹ Sobre los efectos innovativos, el autor considera «dudoso si la potestad que el art. 726 confiere al tribunal alcanza a autorizarle la concesión de efectos de esta clase». En una monografía anterior a la LEC de

A nuestro juicio, el carácter conservativo no solo es consustancial a las medidas cautelares en sentido estricto, sino también a las medidas de contenido anticipatorio. Los efectos innovativos de las medidas son desconocidos en el proceso civil general¹².

2.3.2. La conservación del *statu quo* en las medidas anticipatorias del artículo 727 de la LEC

El efecto puramente conservativo se advierte sin dificultad en la medida anticipatoria consistente en la «suspensión de acuerdos sociales impugnados» (art. 727.10.^a LEC). Pero, en contra de lo que en ocasiones se ha indicado (Torres, 2007, pp. 840-841), el efecto conservativo está también presente en las medidas consistentes en órdenes judiciales de «cesar provisionalmente en una actividad», de «abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta» o de «interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo» (art. 727.7.^a LEC).

Hasta la LEC de 2000, estas órdenes de cesación y de abstención se encontraban dispersas en diversas leyes especiales. Como en otros aspectos de la tutela cautelar, la LEC se propuso consolidar esas formas de tutela cautelar anticipatoria en el artículo 727.7.^a (López-Alanís, 2004, p. 107). En esa tarea unificadora, la LEC derogó diversos procedimientos cautelares que preveían las regulaciones sectoriales, aunque subsistieron una serie de disposiciones especiales en diferentes cuerpos legales (Armengot, 2004).

En cualquier caso, las medidas de cesación y prohibición objeto de regulación bajo este paraguas unificador del 727.7.^a de la LEC comparten una misma finalidad. Su propósito consiste en lograr la inmediata cesación o la evitación de un hecho ilícito que está causando

2000, el mismo autor consideraba que «no parece correcto patrocinar que las normas que confieren al juez discrecionales para configurar los efectos de medidas cautelares se utilicen para ampliar desmesuradamente los supuestos de medidas satisfactivas», pues «este tipo de medidas constituyen un cuerpo extraño, difícil de encajar en el sistema de medidas cautelares», lo que aconseja mantener «el criterio restrictivo en cuanto a la aceptación de tales medidas» (Ortells y Calderón, 1996, p. 20).

¹² A salvo quedan las medidas cautelares que pueden adoptarse en los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. En particular, en los procesos sobre filiación el artículo 768.2 de la LEC admite expresamente la posibilidad de adoptar una medida cautelar, no solo anticipatoria sino también innovativa («Reclamada judicialmente la filiación, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el apartado anterior»).

El otro supuesto de medida anticipativa e innovativa de naturaleza civil lo encontramos en un texto legal que da buena cuenta de su excepcional singularidad. Se trata del artículo 765.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal, que en los procesos penales relativos a hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor autoriza al juez a adoptar la medida consistente en «señalar y ordenar el pago de una pensión provisional» para atender a la víctima y a las personas que estuvieran a su cargo. No parece que del reconocimiento de esta medida –en el marco del proceso penal y con un marcado carácter tuitivo de la víctima– puedan predicarse conclusiones extrapolables al proceso civil general.

o previsiblemente causará un daño al demandante. Estas medidas se han desarrollado al calor del avance de mecanismos de prevención frente al daño futuro, es decir, de la denominada «tutela inhibitoria» encargada de preservar el interés de indemnidad¹³. El progresivo ensanchamiento del derecho de daños determina que no se agote ya con la tutela resarcitoria, sino que comprenda también esa tutela inhibitoria, cuyo fundamento se encuentra en la «antijuridicidad del daño amenazante» (Llamas, 2020, p. 175).

La competencia desleal, la propiedad industrial, la publicidad o la propiedad intelectual, cuyas regulaciones sustantivas contemplan acciones de cesación y prohibición, son campos singularmente propicios para el despliegue de la tutela anticipatoria¹⁴. También se encuentra en casos de inmisiones por ruidos o de intromisiones en el derecho al honor. En todos estos casos, el retraso en conseguir la evitación del daño comportaría la insatisfacción del derecho del demandante. El actor podría acaso ser resarcido de los daños sufridos durante la sustanciación del procedimiento, pero eso es precisamente lo que, en el plano sustantivo, trata de evitar la tutela inhibitoria. Y ello demanda del ordenamiento procesal una expeditiva respuesta a través del expediente de la anticipación. Así, la tutela inhibitoria cautelar «encuentra su específica aplicación en la medida que contempla el ordinal 7.º del artículo 727» (Llamas, 2020, p. 110).

Se trata, como ha subrayado la práctica judicial, de casos en que se verifica una «inmisión ilícita y sin justa causa en el ámbito del derecho ajeno, apreciada *prima facie* como antijurídica, [que] justifica que se ordene la inmediata paralización de una conducta productora de un daño que, de otro modo, seguiría agravándose durante la pendencia del proceso»¹⁵. En esa línea, nuestros tribunales indican también que la tutela cautelar anticipatoria se refiere a «un acto infractor, a modo de una tutela cautelar inhibitoria de carácter satisfactivo o anticipativo del fallo –que de este modo más que asegurar la ejecución de la sentencia garantiza la efectividad del derecho accionado, evitando que se prolongue en el tiempo una situación que, al menos "prima facie", se presenta como antijurídica y, con ello, que se agrave el daño al derecho del actor»¹⁶.

¹³ Sobre la tutela inhibitoria en el plano sustantivo, *vid.* Llamas (2020).

¹⁴ Además, la doctrina ha advertido también la irreparabilidad del daño en estos casos: «Tanto la violación del derecho de exclusiva como un acto de competencia desleal tienen el efecto inmediato de afectar a la posición competitiva de la empresa, al perjudicar o destruir su relación con la clientela. Y lo que una futura sentencia no puede asegurar, en casi ningún caso, es que se vaya a reponer a la empresa perjudicada en la posición competitiva que tenía cuando se produjo el ataque ilegítimo del tercero demandado. Y no puede asegurarlo porque la sentencia no tiene la posibilidad de restituir la clientela, puesto que la relación entre esta y la empresa es una relación de hecho» (Bercovitz, 1992, p. 53). Por ello, las medidas anticipatorias de cesación y prohibición «proporcionan la tutela más conveniente para los intereses de este concreto sector industrial» (Ruiz, 2012).

¹⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) de 26 de febrero de 2016 (Roj: AAP M 167/2016).

¹⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª) de 25 de noviembre de 2011 (Roj: AAP TF 1357/2011). En el mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Lérida (Sección 2.ª) de 4 de febrero de 2011 (Roj: AAP L 77/2011).

En este contexto, la naturaleza conservativa de las órdenes de prohibición, indicadas para casos de amenaza de un daño inminente, no ofrece dudas. Y son igualmente conservativas las órdenes de cesación dirigidas contra hechos ilícitos que se están produciendo ya en el momento en que se interpone la demanda. Lo son porque el *statu quo* a que debe referirse la conservación es aquel estado de cosas previo al advenimiento del hecho dañoso¹⁷. Se trata en esos casos no ya de *preservar* el estado de cosas al tiempo de la interposición de la demanda, sino de *retornar* al *statu quo* previo a la infracción o al conflicto.

También es conservativa la medida consistente en la «prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo» prevista en el artículo 727.7.^a *in fine* de la LEC. La ley admite en sede contractual medidas de signo opuesto a las que aquí se analizan, es decir, aquellas que no tienen como finalidad suspender o alterar cautelarmente una obligación contractual, sino mantener las prestaciones de un contrato que se hayan visto indebidamente interrumpidas y preservar así la «continuidad de la relación jurídica obligacional mientras se resuelve en definitiva el conflicto»¹⁸. Se trata en este caso de una tutela inhibitoria frente a un ilícito contractual encaminada «a evitar un daño o perjuicio que pudiera sufrir el demandante durante la pendencia del proceso por el incumplimiento nacido de esa relación contractual de tracto sucesivo»¹⁹.

Es significativo que el artículo no se refiera a cualquier prestación contractual, sino específicamente a aquella «que viniera llevándose a cabo», sobre la cual se autoriza al tribunal a dictar una prohibición de «interrumpir» o «cesar». El precepto, por tanto, se refiere de esa forma a un supuesto muy específico: relaciones contractuales de tracto sucesivo y que efectivamente estuvieran siendo objeto de cumplimiento²⁰.

En estos casos las medidas cautelares anticipan el resultado del fallo del mismo modo que lo haría la desestimación de las medidas solicitadas. Así, aunque «pudiera pensarse que una resolución favorable para el solicitante condiciona el resultado también favorable para él en el

¹⁷ Nos referimos, claro está, al *statu quo tunc* o *ante bellum*, es decir, al estado de cosas inmediatamente precedente al conflicto.

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2.^a) de 12 febrero de 2003 (Roj: SAP H 103/2003). En el mismo sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1.^a) de 27 de febrero de 2004 (Roj: AAP SO 51/2004) y el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1.^a) de 4 de junio de 2002 (Roj: AAP SA 25/2002).

¹⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a) de 18 de diciembre de 2020 (Roj: AAP M 6902/2020).

²⁰ En estos casos, el juzgador se encontrará en el irremediable trance de anticipar el fallo del procedimiento principal en un sentido o en otro. Piénsese en un contrato de suministro con una duración determinada de cinco años. Al cabo de dos años y ante la subida del precio de la materia prima suministrada, el proveedor comunica al suministrado una abusiva resolución anticipada del contrato. El suministrado interpone entonces una demanda en ejercicio de una acción de cumplimiento contractual con la petición cautelar de que se prohíba al proveedor interrumpir la realización de la prestación que venía llevándose a cabo.

pleito, pues ya se ha comparado en esta sede el derecho que alega el actor con el que invoca el demandado y se ha dado preferencia a uno sobre el otro», lo cierto es que «si una de las razones para no dar lugar a una medida cautelar fuera la de anticipar así el resultado del fallo, por el mismo motivo tampoco podría desestimarse la solicitud, pues aquí también se estaría anticipando el fallo, pero en este caso con un resultado contrario y adverso para la parte actora»²¹.

2.3.3. Inadmisibilidad de las medidas anticipatorias «innovativas»

En fin, todas las medidas anticipatorias específicamente previstas en el listado del artículo 727 de la LEC presentan invariablemente un carácter conservativo, coincidiendo en este punto con las medidas cautelares en sentido estricto. Sus efectos, por tanto, deben limitarse salvaguardar el estado de cosas previo al conflicto.

Este límite del *statu quo* ha sido destacado por nuestros tribunales, que han negado que las medidas anticipatorias puedan utilizarse para alterar la situación de hecho preexistente. Así, se ha advertido que «puede concebirse la medida cautelar como medio para impedir que, durante el proceso, se produzca o persista la vulneración de los legítimos derechos del solicitante o para conseguir el restablecimiento del mismo en el ejercicio de ellos, mas *no como instrumento para imponer un cambio en la situación de hecho preexistente* que le pueda interesar conseguir a la parte demandante en un momento determinado, de modo que pretenda que se altere el "statu quo" en su favor, con lo que pasaría a gozar mientras perdurase el litigio de una ventaja que antes no tenía»²². En otras palabras, son admisibles las medidas anticipatorias pero no las que, además, sean innovativas.

Es esa falta del elemento conservativo del *statu quo* la que impide en nuestro sistema procesal la adopción de medidas anticipatorias innovativas, como sería la orden de realizar un pago provisional como forma de satisfacción cautelar de un crédito. Por el mismo motivo, como se verá a continuación, deben descartarse también las medidas de modificación o suspensión de las relaciones contractuales.

2.4. La inadmisibilidad de las modificaciones o suspensiones contractuales provisionales

La admisibilidad de las medidas de suspensión o modificación de obligaciones se ha defendido fundamentalmente sobre la base de tres argumentos: el primero es que, con ca-

²¹ Auto de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.ª) de 9 abril de 2007 (Roj: AAP BU 32/2007).

²² Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) de 28 de junio de 2019 (Roj: AAP M 3565/2019). En el mismo sentido, Autos de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) de 26 de junio de 2015 (Roj: AAP M 641/2015) y de 2 de marzo de 2012 (Roj: AAP M 4806/2012).

rácter general, esas medidas encajarían «con lo previsto en el art. 726.2 LEC»; el segundo, que la medida sería «adoptable en virtud del art. 726.2 LEC en relación con el art. 727.7.º LEC»; y el tercero, que podrían adoptarse en virtud de la potestad del juez prevista en los artículos 726.1 y 727.11.^a de la LEC «para adoptar efectos cautelares no especificados» en la ley (Juan, 2013).

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, sin embargo, ninguno de esos argumentos normativos puede servir para sostener la admisibilidad de semejante medida innovativa.

En primer lugar, una medida de modificación contractual no puede ampararse en el reconocimiento general de las medidas anticipatorias que contiene el artículo 726.2 de la LEC. Como se ha visto en el apartado 2.3.3 anterior, la admisibilidad de la tutela anticipativa no es ilimitada, sino que necesariamente deben dirigirse a preservar o reestablecer el *statu quo* previo al conflicto.

En segundo lugar, tampoco son admisibles estas medidas al amparo del artículo 727.7.^a de la LEC, bajo la forma de una orden de cesación o abstención de exigir el cumplimiento de una obligación contractual en los términos pactados. En el apartado 2.3.2 se ha comprobado que esas medidas se encuentran reservadas para la inhibición de daños antijurídicos. Las audiencias provinciales han desestimado la adopción de medidas anticipatorias de modificación contractual precisamente porque «lo que no tiene sentido en un puro marco contractual es que se invoque la doctrina de las medidas cautelares anticipatorias que se aplica en situaciones de infracción de derechos de exclusiva o situaciones similares», puesto que «poco tiene eso que ver con las disensiones suscitadas en el seno de una relación contractual, donde, como aquí ocurre, mientras se produce el normal desenvolvimiento de las obligaciones pactadas se debate, de modo paralelo, sobre la validez de determinada estipulación concreta»²³.

Por último, una medida de modificación contractual tampoco puede ampararse en la cláusula general de los artículos 726.1 y 727.11.^a de la LEC. La potestad del juez para adoptar medidas innominadas no permitiría, a nuestro juicio, sortear la naturaleza exclusivamente conservativa de las medidas que hemos descrito. Nuevamente debemos recordar que el reconocimiento de la posibilidad de adoptar medidas anticipativas e innovativas sin ningún límite conduciría a la admisibilidad de medidas cautelares como la satisfacción cautelar del crédito. Es pacífico que ello no es posible, como tampoco lo es, por el mismo motivo, la alteración o suspensión cautelar de las obligaciones contractuales.

²³ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a) de 26 de febrero de 2016 (Roj: AAP M 167/2016). En el mismo sentido, se ha indicado que «no puede entenderse que la vigencia de los contratos y la aplicación de sus efectos durante la pendencia del proceso resulte asimilable a la realización de conductas por la parte demandada que, "prima facie", se presenten como antijurídicas y contrarias a un derecho del que la parte actora sea titular» (Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a) de 25 de noviembre de 2011 [Roj: AAP TF 1357/2011]). *Vid.*, también, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a) de 18 de diciembre de 2020 (Roj: AAP M 6902/2020).

Además, aunque la opción del legislador procesal español por establecer un régimen abierto de medidas cautelares es indudable²⁴, es dudoso que ese *numerus apertus* se extienda a las medidas anticipatorias. Si bien se observa, esa posibilidad de adoptar medidas innominadas se refiere específicamente a las medidas cautelares propias o asegurativas, es decir, a aquellas necesarias para «hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria» (art. 726.1.1.ª LEC) o para «asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria» (art. 727.11.ª LEC), pero no a aquellas otras medidas que, sin responder a la definición jurídico-técnica de las medidas cautelares, se pueden acordar «como tales» (art. 726.2 LEC).

En definitiva, como han observado gráficamente nuestros tribunales, «la modificación, o extinción, de relaciones jurídicas obliga a esperar», pues «sería pavorosa la creación, modificación, o extinción provisional de contratos en sede cautelar»²⁵.

3. La posible caracterización del peligro en la demora procesal como el riesgo de insolvencia de la parte demandante

Se ha visto ya que, con carácter general, resultan inadmisibles las medidas que no solo adelantan los efectos de la tutela que se solicita en la demanda del procedimiento principal, sino que comportan también una alteración del *statu quo* previo al conflicto. Este motivo sería suficiente para concluir que las medidas de suspensión de las obligaciones contractuales no tienen encaje en nuestro ordenamiento.

Sin perjuicio de la anterior conclusión, resulta también de interés analizar si el riesgo de que, como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones cuya suspensión se pretende, el demandante incurra en una situación de insolvencia –que, como se ha visto en la introducción, se ha venido identificado como la situación que se trataría de evitar con esta clase de medidas– puede ser constitutivo del *periculum in mora* que exige el artículo 728.1 de la LEC para la adopción de la medida.

Para dar respuesta a esta cuestión se analizará, en primer lugar, si esa situación de insolvencia del demandante podría encajar en el concepto de riesgo en la demora desde la singular óptica de las medidas anticipatorias (apartado 3.1). A continuación, se analizará

²⁴ Tal propósito se expresa con claridad en la exposición de motivos de la LEC, que proclama su intención de «sentar con claridad las características generales de las medidas que pueden ser precisas para evitar que se frustre la efectividad de una futura sentencia, perfilando unos presupuestos y requisitos igualmente generales, de modo que resulte un régimen abierto de medidas cautelares y no un sistema de número limitado o cerrado».

²⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) de 31 de marzo de 2011 (Roj: AAP M 5188/2011).

la posible concurrencia del peligro en la demora desde la perspectiva clásica de un riesgo para la posible ejecución de la sentencia que haya de dictarse en el futuro (apartado 3.2).

3.1. El riesgo de insolvencia del demandante como consecuencia del cumplimiento de sus obligaciones contractuales desde la perspectiva de las medidas de carácter anticipatorio: *¿periculum in damno?*

El primero y más importante de los presupuestos para otorgar una medida cautelar es el peligro por la mora procesal²⁶. Según el artículo 728.1 de la LEC, «solo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que *impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela* que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria».

El artículo 728.1 de la LEC parte de la concepción clásica de las medidas cautelares, es decir, de su tradicional finalidad de asegurar o hacer posible la futura efectividad de la tutela, evitando situaciones que pudieran impedir la o dificultarla. Desde ese entendimiento, la dicción del precepto apunta a que el riesgo debe ponerse necesariamente en relación con «una dificultad o impedimento para la satisfacción de la pretensión formulada»²⁷ o con circunstancias «que impidan o dificulten la tutela que en su día pudiera otorgarse»²⁸.

Pero tal presupuesto encaja mal con la tutela anticipatoria, pues con ella no se pretende propiamente neutralizar los posibles riesgos que afecten a la futura efectividad de la tutela. En cambio, en tanto instrumentos de tutela inhibitoria (*vid. supra* apartado 2.3.2), el peligro reside en «la fundada probabilidad de que la conducta infractora se va a producir, repetir o mantener durante la pendencia del proceso»²⁹. Por tanto, lo que se trata de evitar con estas medidas anticipatorias es «el peligro de continuación de la situación antijurídica, a modo de represión inmediata de la conducta infractora y la preservación o evitación de prolongación de sus efectos» (Torres, 2005, p. 851).

En estos casos «el peligro de demora no es tanto el riesgo de que sobrevenga una circunstancia que impida la futura ejecución o la convierta en inútil [...], sino de poner fin a un *daño efectivo en el derecho protegido* o, si se quiere, evitar el peligro de que ese daño

²⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª) de 28 de enero de 2020 (Roj: AAP B 289/2020).

²⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.ª) de 3 de junio de 2018 (Roj: AAP M 3013/2018).

²⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) de 14 de febrero de 2020 (Roj: AAP M 1097/2020).

²⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª) de 25 de noviembre de 2011 (Roj: AAP TF 1357/2011).

amente»³⁰. De modo que, cuando la concesión de la medida anticipa los efectos de la tutela que se pretende en la demanda principal, el *periculum in mora* «cambia y se trasmuta en *periculum in damno*»³¹.

No se trata de que la falta de adopción de la medida pueda causar, como efecto reflejo o derivado, un perjuicio al demandante, sino que es la propia actividad que se prohíbe –o cuya cesación se ordena– la conducta infractora o ilícita que está ocasionando el daño o que de forma inminente lo causará. La justificación del riesgo aparece así indisolublemente unida a la propia tutela pretendida. Como han indicado nuestros tribunales, en estos casos la apreciación del *periculum* es «inherente al propio objeto del litigio», lo que ocurre, por ejemplo, «cuando se trata de imponer la cesación cautelar de una eventual infracción de derechos de propiedad industrial»³².

En una relación contractual, el *periculum in damno* se puede identificar como «el daño o perjuicio que pudiera sufrir el demandante durante la pendencia del proceso por el incumplimiento nacido de esa relación contractual»³³. Como ha visto en el apartado 2.3.2 anterior, esto ocurrirá cuando una de las partes interrumpa las prestaciones de un contrato de tracto sucesivo y la parte *in bonis* solicite la medida prevista en el artículo 727.7.^a *in fine* de la LEC.

Sin embargo, ese riesgo de daño no se presenta en los casos analizados, en los que el actor interpone una demanda con la que pretende la ineficacia total o parcial de una relación contractual y pide que el contrato se acomode cautelarmente a lo solicitado, bien suspendiendo la eficacia de una cláusula determinada o bien minorando o eliminando provisionalmente una obligación de pago. En ese caso, el eventual perjuicio consistente en que el cumplimiento del contrato pondrá al demandante en una situación de insolvencia no derivaría directamente de un ilícito contractual que pretenda evitarse, sino que sería en todo caso una consecuencia refleja de un cumplimiento que, en sí mismo, no es ilícito. No estaríamos en esos casos ante un daño efectivo en el derecho protegido y, en consecuencia, no podrá entenderse como un *periculum in damno*.

³⁰ Autos de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a) de 30 de septiembre de 2016 (Roj: AAP M 773/2016), 10 de julio de 2015 (Roj: AAP M 711/2015) y 18 de mayo de 2015 (Roj: AAP M 694/2015).

³¹ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.^a) de 3 de junio de 2018 (Roj: AAP M 3013/2018).

³² Autos de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a) de 14 de febrero de 2020 (Roj: AAP M 1097/2020) y de 13 de diciembre de 2019 (Roj: AAP M 7438/2019). En el mismo sentido, entre otros, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) de 15 de marzo de 2007 (Roj: AAP B 2772/2007) indica: «La apreciación del peligro en la mora, por tanto, reviste unas características especiales en los casos anticipatorios, pues resulta inherente a la determinación anterior del buen derecho del solicitante. No se trata de indagar en qué medida la no adopción de las medidas afectará a la futura efectividad de la sentencia, ya que esas medidas suponen *per se* esa efectividad, sino de saber si es necesario anticiparla».

³³ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a) de 18 de diciembre (Roj: AAP M 6902/2020).

3.2. El riesgo de insolvencia del demandante como consecuencia del cumplimiento de sus obligaciones contractuales desde la perspectiva de las medidas de carácter asegurativo: ¿*periculum in mora*?

Descartada la concurrencia del *periculum in damno* propio de las medidas anticipatorias, se aborda por último el análisis del posible encaje de la alegación del riesgo de insolvencia del demandante en el marco tradicional de las medidas cautelares ordinarias. Es decir, se analiza si ese riesgo puede constituir una situación que impida o dificulte la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria de la petición de ineficacia contractual, total o parcial.

A estos efectos, lo primero que debe identificarse es la clase de pretensión que se deduce en la demanda. Es habitual en estos casos que a la pretensión de nulidad o modificación contractual se acumule una pretensión de condena al pago de las cantidades que hayan sido indebidamente cobradas o se cobren en el futuro por el demandado en virtud de ese contrato cuya eficacia se cuestiona. Incluso en aquellos casos en que no se deduzca una pretensión de condena, «de ser finalmente estimada la demanda, y declarada una modificación del precio en el contrato, se produciría a efectos de ejecución un derecho de reintegro económico por las sumas abonadas de más»³⁴. En un escenario u otro, si finalmente se dicta una sentencia estimatoria, será el demandado el que a la postre tendrá que satisfacer al demandante las cantidades percibidas en exceso de lo que en realidad tenía derecho a cobrar.

En esas circunstancias, el peligro de la mora procesal debe orbitar en torno a «una dificultad o impedimento para la satisfacción de la pretensión formulada»³⁵, es decir, en este caso, el pago de una cantidad de dinero. En consecuencia, «el peligro por mora debe presentarse como situación que ha de desenvolverse en la esfera de la parte demandada, que en su caso pudiera resultar condenada y a fin de evitar que no pueda cumplir con la sentencia que en su día se dicte de resultar favorable a la pretensión actora»³⁶. De modo que –al margen de los supuestos de *periculum in damno* de las medidas anticipatorias– «evitar consecuencias perjudiciales para el demandante es algo que nada tiene que ver con la finalidad de las medidas cautelares»³⁷, así que «no puede aceptarse que el peligro del retra-

³⁴ Véase nota 33.

³⁵ Véase nota 33.

³⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª) de 31 de mayo de 2011 (Roj: AAP B 4220/2011).

³⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª) de 25 de febrero de 2016 (Roj: AAP SE 48/2016): «Se ha alegado el riesgo de que, durante la pendencia del proceso, por no poder pagar el actor, por encontrarse en paro, el importe de las cuotas de amortización del préstamo se vea abocado a un procedimiento de ejecución hipotecaria, con las consecuencias que comporta, incluso la posibilidad de pérdida de la vivienda hipotecada, pero, sin embargo, evitar consecuencias perjudiciales para el demandante es algo que nada

so procesal se configure como [...] la evitación de la supuesta insolvencia del demandante, ya que no pretende entonces garantizar el resultado del litigio»³⁸.

En ocasiones se ha tratado de razonar que en estos casos las demandantes que deban seguir cumplimiento sus obligaciones de acuerdo con el contrato impugnado podrían «verse inmersas en situaciones de insolvencia que les obliguen a presentar concursos de acreedores, o incluso lleven a la disolución de la sociedad, en cuyo caso, una sentencia favorable a sus intereses no tendría ninguna efectividad» (Juan, 2013, p. 11).

La idea del riesgo de ineffectividad de la tutela por haberse visto la sociedad demandante declarada en concurso es en apariencia sugerente. Sin embargo, desde un punto de vista técnico-jurídico, la efectividad de una sentencia estimatoria con un pronunciamiento de condena dineraria en nada se ve afectada por el hecho de que la demandante favorecida con el fallo se encuentre en concurso de acreedores. Nada impediría que la sociedad concursada pudiera ejecutar esa sentencia. Ni siquiera cuando la sociedad finalmente se disuelva.

Además, esta posibilidad plantearía problemas de orden práctico. Por un lado, se antoja complicado vincular un estado de insolvencia de forma específica con la necesidad de

tiene que ver con la finalidad de las medidas cautelares. Esa situación afecta al demandante, y no a la demandada, cuando es en la esfera de esta donde debe presentarse el peligro de la mora procesal. Lo que se trata de evitar con toda medida cautelar es que, en el caso de una eventual sentencia condenatoria, el demandado no pueda sustraerse o imposibilitar el cumplimiento de la misma. Concurriría el presupuesto que analizamos si la entidad bancaria estuviese en situación de insolvencia, y no estamos en ese caso».

³⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.ª) de 12 de abril de 2012 (Roj: AAP M 12357/2012). Son muchos los autos de nuestras audiencias provinciales que se pronuncian en el mismo sentido: de Madrid (Sección 25.ª) de 27 de septiembre de 2012 (Roj: AAP M 15627/2012) («ese riesgo [la solvencia de la actora] no sería verdaderamente el supuesto de peligro de mora procesal contemplado en el artículo 728.1 LEC»); de Madrid (Sección 8.ª) de 15 de febrero de 2013 (Roj: AAP M 1742/2013) («lo que con ellas se pretende es evitar los perjuicios que, según la parte solicitante, le generaría el cumplimiento durante la pendencia del proceso del contrato cuya nulidad se postula, es evidente que no se cumple la finalidad legalmente exigida»); de Barcelona (Sección 13.ª) de 31 de mayo de 2011 (Roj: AAP B 4220/2011) («el peligro por mora debe presentarse como situación que ha de desenvolverse en la esfera de la parte demandada»); de Barcelona (Sección 11.ª) de 27 de diciembre de 2010 (Roj: AAP B 6830/2010) («el *periculum in mora* [...] no puede venir determinado por el hecho de que el cumplimiento de las obligaciones contractuales pueda provocar, en términos de la apelante, su desaparición, al ver de forma tan perjudicada su situación económica»); de Islas Baleares de 4 de noviembre de 2011 (Roj: AAP IB 356/2011) («lo que aduce es que el cumplimiento del contrato podría colocarle en una situación de insolvencia, supuesto para el que no está previsto la adopción de medidas cautelares»); de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 5.ª) de 1 de diciembre de 2016 (Roj: AAP GC 235/2016) («no cabe aducir a su favor el artículo 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entendido como el quebranto patrimonial consistente en el riesgo de insolvencia a que pudiera verse abocada la entidad mercantil demandante caso de no adoptarse la medida solicitada»); o de Alicante (Sección 8.ª) de 14 de mayo de 2012 (Roj: AAP A 174/2012) («lo que se persigue es evitar los perjuicios económicos que, se aduce, genera el cumplimiento del contrato y va a seguir produciendo durante la pendencia del proceso, lo que pone en evidencia que la medida no es pretendida para garantizar la ejecución de la sentencia que resuelva sobre la demanda»).

cumplir las obligaciones derivadas de una concreta relación contractual. En una situación de insolvencia intervienen múltiples factores y no depende, por lo general, de un solo contrato. El demandado podría verse temporalmente privado de sus derechos contractuales por causas que nada tienen que ver con el objeto del litigio –o, al menos, existiendo otras causas concurrentes, incluidas posibles decisiones empresariales más o menos acertadas adoptadas por el demandante–.

Por otro lado, no puede obviarse que unas medidas cautelares de esa naturaleza se convertirían para el actor en una suerte de instrumento para-concursal. Con la alegación del riesgo de insolvencia del demandante como base para la adopción de una medida cautelar se corre el riesgo de que los juzgados de primera instancia acuerden *de facto* medidas de carácter concursal o pre-concursal, cuyo conocimiento se atribuye por la Ley orgánica del Poder Judicial a los juzgados de lo mercantil y sin respetar las garantías que para los acreedores ofrecería un procedimiento concursal –piénsese, por ejemplo, en que el solicitante de la medida cautelar podría seguir abonando cantidades a personas vinculadas, mientras que el demandado vería postergados sus créditos–. Si existe un riesgo de insolvencia para el demandante, la respuesta a tal dificultad debe buscarse en el ámbito que le es propio, es decir, el ordenamiento concursal o pre-concursal.

En definitiva, no puede concluirse que un riesgo de insolvencia para el demandante pueda constituir una situación que impida o dificulte la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria de una petición de modificación o ineficacia contractual, total o parcial.

5. Conclusiones

Comenzaba este trabajo planteando un problema práctico que se desdoblaba en dos concretas cuestiones. De acuerdo con lo expuesto en este trabajo, las presentes conclusiones se proponen dar respuesta a ambas preguntas:

- a) Las medidas consistentes en la suspensión o modificación provisional de una relación contractual no solo revisten carácter anticipatorio –por cuanto anticipan la tutela pretendida en la demanda–, sino también innovativo –en tanto que tienen el efecto de alterar el *statu quo* existente en el momento previo al conflicto–.
- b) Las medidas anticipatorias gozan de reconocimiento en el ordenamiento procesal español, pero no de forma ilimitada. En concreto, deben rechazarse las medidas de carácter innovativo, que no tratan de preservar el estado de cosas previo al conflicto o infracción sino introducir una situación inédita para las partes.
- c) Tampoco concurriría en estos casos el *periculum in damno* propio de las medidas anticipatorias. Los perjuicios que podrían causarse al demandante en caso

de que la medida no fuera adoptada y se viera abocado a una situación de insolvencia no derivarían directamente de un ilícito contractual que pretenda evitarse, sino que sería en todo caso una consecuencia refleja de un cumplimiento contractual que, en sí mismo, no es ilícito.

- d) Y debe descartarse igualmente que exista *periculum in mora* en su tradicional configuración. El riesgo de que el demandante entre en una situación de insolvencia durante la sustanciación del procedimiento no impide ni dificulta la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. Las consecuencias que pueden derivarse de esa estimación consisten en una liquidación económica que únicamente podría verse impedida o dificultada en caso de insolvencia sobrevinida del demandado, pero no del demandante.

En fin, aunque es comprensible que en momentos de extrema dificultad nuestros jueces y tribunales sientan el impulso de proporcionar un balón de oxígeno a los operadores económicos, ello no debe hacerse a costa de deformar nuestras instituciones procesales hasta hacerlas irreconocibles. La seguridad jurídica, deseable con carácter general, cobra una singular relevancia en los momentos de crisis, cuando las costuras del sistema se ponen a prueba. En los casos estudiados, las respuestas deben buscarse en el ámbito de los mecanismos que establece el derecho de la insolvencia, que atiende al delicado entramado de intereses que late tras una situación concursal. Lo contrario supone sucumbir a la tentación de proporcionar soluciones aparentemente sencillas a problemas complejos.

Referencias bibliográficas

- Armengot, A. (2004). La tutela judicial cautelar especial. Una visión de las normas procesales especiales sobre la tutela cautelar. *Práctica de Tribunales. Revista práctica de derecho procesal civil y mercantil*.
- Bercovitz, A. (1992). Las medidas cautelares en la nueva legislación sobre bienes inmateriales y derecho de la competencia. En *Estudios sobre derecho industrial (homenaje a H. Baylos)*. Grupo español de la AIPPI.
- Calderón, M. P. (1992). Una solución del Derecho francés a la duración del proceso civil: tutela cautelar indeterminada en las «*ordonnances des référés y sur requête*». *Revista General de Derecho*.
- Calderón, M. P. (1995). Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares. *Diario La Ley*.
- Carreras, J. (1962). *Estudios de Derecho Procesal*. Bosch.
- Cordón, F. (2005). Principio de proporcionalidad y congruencia de la resolución que adopta las medidas cautelares. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 674.

- Díez-Picazo, I. (2000). *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*. Ramón Areces.
- Fernández-Ballesteros, M. A. (2001). *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Iur-gium Editores.
- Garberí, J. (2007). Medidas cautelares de contenido negativo. En *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Thomson-Aranzadi.
- Gascón, F. (1999). *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*. Cedecs.
- Gilsanz, J. (2012). La interpretación judicial del presupuesto del peligro de la mora procesal, la instrumentalidad de las medidas cautelares y la aplicación de la prohibición del art. 728.1.II LEC ante supuestos de solicitud de suspensión de los efectos del contrato de swap. En *2012 Práctica contenciosa para abogados. Los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2011 de los grandes despachos*.
- Giménez, D. (2014). La suspensión cautelar de la cláusula suelo. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 880.
- González, B. A. (2013). Las patentes farmacéuticas en caso de infracción inminente y la adopción de medidas cautelares. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7.
- Gregoraci, B. (2020). El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español. *Anuario de Derecho Civil*, 9.619.
- Heras, M. A. de las (2001). Tutela cautelar efectiva en la nueva LECiv. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 10.
- Juan, R. J. (2013). Las medidas cautelares en las demandas de nulidad de los SWAPS. *Diario La Ley*, 8.148.
- Llamas, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*. La Ley.
- López-Alanís, A. (2004). *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil*. Consejo General del Poder Judicial.
- Oliva, A. de la (2008). *Derecho Procesal. Introducción*. (3.ª ed.). Ramón Areces.
- Ormazábal, G. (2011). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Aranzadi.
- Ortells, M. (2020). *Derecho procesal Civil*. (19.ª ed.). Aranzadi.
- Ortells, M. y Calderón, M. P. (1996). *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*. Comares.
- Paz, J. M., Achaerandio, F. J., Andrés, A. de, Illescas, A. L., Puente, L. y Salgado, C. (2000). *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*. La Ley.
- Ruiz, J. M. (2012). La protección cautelar de la marca: dificultades interpretativas de una doble regulación. *Revista de Derecho Mercantil*, 284.
- Serra, M. (1974). *Las medidas cautelares en el proceso civil. Teoría general de las medidas cautelares. Medidas provisionales en relación con las personas. Intervención judicial de bienes litigiosos*.
- Torres, J. M. (2005). La tutela civil inmediata del derecho al honor: medidas cautelares de cesación. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 15.
- Torres, J. M. (2007). Medidas cautelares de contenido negativo. En *Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Thomson-Aranzadi.
- Virzi, F., Ros, N. y Sánchez, P. (2020). Medidas cautelares adoptadas con respecto de contratos de arrendamiento como consecuencia de la crisis de la Covid-19. *Diario La Ley*, 9.759.